Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Drei und dreißigsten Theils erste Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1842.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Fortsetzung des Titels

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

§. 1382.

Heutiges Recht. Umfassende Bedeutung von Alienation. Fälle, wo sie ohne Decret geschehen kann.

Da bey Veräußerung der Güter der Pflegbefohlnen noch jetzt das römische Recht entscheidet [1]); so ist es nöthig, aus der geschichtlichen Darstellung dieser Lehre das noch jetzt geltende Recht hervorzuheben. Es läßt sich dasselbe in folgende Hauptsätze zusammenfassen.

I. Unbewegliche Güter solcher Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, sie seyen Pupillen, oder Minderjährige, (**adulti**) oder andere nicht minderjährige Curanden, wie **furiosi, prodigi**, und dergleichen, dürfen weder für sich, sie seyen von welcher Art sie wollen, **praedia urbana** oder **rustica**, noch deren Zubehörungen [2]),

1) S. Mittermaier's Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 374. (der 3. Ausgabe.)

2) Der Kaiser Constantin braucht in seiner Constitution *L. 22. C. de administr. tut. vel curat.* die Ausdrücke

so wie denselben gleichgeachtete iura praediorum[3]), von den Vormündern und Curatoren eigenmächtig, und wenn

praedia et *mancipia* rustica, urbana praedia et *mancipia*. Daß mancipia hier Zubehörungen der praediorum sind, hat an sich keinen Zweifel. Allein was sind das für Zubehörungen? *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *At non tantum* pag. 585. sagt: *Mancipia rustica* erant instrumenta, sine quibus praedia rustica non satis commode poterant exerceri. Also was man Guts-Inventarium nennt. Hingegen Dabelow im Handbuche des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 574. versteht unter *mancipium* Sclaven und Zugvieh, welche zu dem praedio rustico gehörten. Allein Zugvieh heißt nie mancipium, sondern iumentum. S. Brissonius de Verb. Signif. h. v. pag. 674. edit. *Heinecc.* Beydes, Sclaven und Zugvieh, gehörte nun zwar allerdings zum instrumentum fundi rustici. S. Varro *de Re Rust.* Lib. I. cap. 17. *L.* 8. *pr.* *L.* 19. *pr.* *D. de instructo vel instrum. legato.* (XXXIII. 7.) allein nie wird das instrumentum fundi rustici selbst *mancipium* genennt. Unter *mancipia rustica*, *mancipia urbana* werden vielmehr die Sclaven verstanden, welche zu einem praedium rusticum oder urbanum gehörten. Paulus *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 43. et 44. *L.* 18. §. 9. *D. de instr. vel instrum. leg.* *L.* 12. *D. de supellect. legata.* (XXXIII. 10.) Brissonius de Verb. Signif. voc. *Mancipium* nr. 3. Diese mancipia wurden, so wie die praedia selbst, zu denen sie gehörten, zu den unbeweglichen Sachen gezählt. *L.* 6. §. 1. *C. de secund. nupt.* (V. 9.) Julianus nennt sie daher in seiner *Epit. Nov.* veluti membra rerum immobilium. S. *Jac.* Cujacii Exposit. Novellar. ad Nov. VII. Von den mancipiis praediorum tam urbanorum, quam rusticorum hat sehr ausführlich gehandelt *Car. Ferd.* Schmid in Diss. de instrumento fundi. (*Vitebergae* 1806. 4.) §. VI. et VII.

3) S. den 32. Th. §. 1381. b. S. 470. f.

auch der Vater selbst Vormund wäre[4]), eben so wenig veräußert werden, als bewegliche Sachen von Werth, welche aufbewahrt werden können. Solche Gegenstände dürfen anders nicht alienirt werden, als wenn es a) die Nothwendigkeit erfordert, und b) die competente Obrigkeit, mittelst eines causa cognita ertheilten Decrets, die Veräußerung genehmiget hat[5]).

II. Ein obrigkeitliches Decret ist bey allen Arten von Veräußerungen nöthig, wodurch ein dem Pflegbefohlnen zuständiges dingliches vollkommen erworbenes Recht aufgegeben werden soll[6]), es werde nun entweder das Eigen-

4) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* Ulpian. *lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: pronior tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri. — *L.* 3. *C. de praed. et aliis rebus minor.* (V. 71.) Impp. Valerian. *et* Gallienus AA. *Theodosiano et aliis.* Cum emancipatis vobis praedium adquisitum foret, alienari a patre, eodemque curatore, sine Praesidis auctoritate non potuit: maxime si tanquam suum esset, non tanquam pupillare vendiderit. Itaque illibata vobis persecutio eius manet. PP. III. Non. Jan. Fusco et Basso Conss. 259.

5) *L.* 22. *C. de admin. tut. vel. curat.* In der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. heißt es: die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren.

6) S. Brissonius voc. *Alienatio.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Jo.* Goeddaei Comment. ad tit. Dig. de Verb. Signif. L. 28. pr. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. I. §. 133. (edit. sec. *Hallae* 1827.) und von

thum einer Sache auf einen Andern übertragen, welches **Veräußerung** (alienatio) im engern Sinne genennt wird[7]), sey es auch nur ein prätorisches Eigenthum[8]),

Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. Th. 2. Buch. §. 119. (der 3. Aufl.)

7) *L.* 1. *C. de fundo dot.* (V. 23.)

8) *L.* 8. §. 2. *D. de alienat. iudic. mut. causa facta.* (IV. 7.) ALIENARE intelligitur etiam, qui *alienam rem* vendidit. In dieser Beziehung sagt ULPIANUS *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* (*libro XXXV. ad Edictum.*) Si pupillus *alienum fundum bona fide emtum* possideat, dicendum puto, nec hunc *alienare* tutores posse: *ea enim, qua quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet.* Die letztern Worte haben den Auslegern viel Schwierigkeit verursacht. Viele wollen die florentinische Lesart für fehlerhaft halten, und haben sie mit mehr oder weniger Violenz zu emendiren gesucht. An der Spitze der violenten Critiker steht *Ant.* FABER in Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. illat. 86. pag. 911. Dieser liest: *Etenim quasi pupillaris vere distractus est*, und trennt nun die folgenden Worte: *venditio valet*, welche er für den Anfang des nächstfolgenden §. hält. Weil nun die Worte: *an vendere tutores possint*, zu dieser Emendation nicht passen, so streicht er sie weg. Heißt das nicht Sengen und Brennen? Etwas gemäßigter ist die Critik derer, welche venditio *non* valet lesen, wie *Sieg. Reich.* JAUCHIUS in Meditation. critt. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. XVI. §. 14. pag. 255. und *Herm.* CANNEGIETER Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 16. pag. 203. So lesen auch wirklich mehrere Ausgaben, z. B. die des **Haloanders**, **Baudoza**, und **Robert Stephanus**. Diese Lesart hat auch die Glosse bemerkt. *Jac.* VOORDA Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 6. pag. 262. glaubt, das Wort *valet* habe hier nicht die gewöhnliche Bedeutung, sondern heiße so viel, als spectat oder pertinet. Dieser

oder auf den Gütern ein dingliches Recht bestellt[9]), oder

Bedeutung gemäß emendirt er nun so: *Eo enim ista, quo si pupillaris vero* (i. e. vere) *distractus est, venditio valet*, i. e. spectat. Der Sinn sey also: Es laufe auf Eins hinaus, der fundus sey wirkliches Eigenthum des Pupillen, oder ein fundus alienus, den der Pupill bona fide gekauft hat, und vielleicht bald usucapirt haben würde. Denn indem derselbe durch den Verkauf den fundus zu besitzen aufhöre, sey es ja auch so gut, wie der Verkauf in jenem ersten Falle, eine Alienation. Die bescheidenste Critik ist die des *Herm.* Noordkerk Observation. Decad. (*Amstelodami* 1731. 8.) Cap. 5. pag. 118. Dieser setzt blos nach den Worten *venditio valet* ein Fragzeichen ?, und glaubt damit alle Schwierigkeit beseitiget zu haben. Die meisten sind der Interpretation der Griechen gefolgt, und haben die Worte entweder ohne alle Aenderung erklärt, oder sie haben etwa ein, oder ein paar Worte aus der Erklärung der Griechen eingeschaltet, oder versetzt. In den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 5. Tom. V. Fabroti pag. 125. lauten nämlich die Worte so: Εἰ δὲ πρᾶγμα τοῦ ἐπιτρόπου ὡς ὀρφανικὸν ἐκποιηθῇ, ἔῤῥωται i. e. *Sed si res tutoris quasi pupillaris alienetur, valet.* Und der griechische Scholiast pag. 146. Sch. u. A. sagt: Μήτε ἀλλότριος ἀγρὸς, ὃν πίστει καλῇ νέμεται ὁ ἄνηβος, ἐκποιείσθω, εἰ μὴ τοῦ ἐπιτρόπου ἐστὶν. i. e. *Ne alienus quidem fundus, quem pupillus bona fide possidet, alienari potest, nisi* tutoris *fuerit.* Nach dieser Erklärung sey also der Sinn der streitigen Worte: Die Veräußerung sey hingegen gültig, wenn der Vormund ein Grundstück, welches er irrig für ein Eigenthum des Mündels gehalten, ihm aber selbst gehörte, veräußert hätte. So erklärt diese Stelle ohne alle Emendation Püttmann Interpretat. et Observat. Cap. VII. §. 4. pag. 33. Eben so *Abrah.* Wieling, nur daß dieser das Wort *vero* versetzt, und *ea enimvero*, i. e. e contrario liest. *Jo.* Jensius ad Rom. iuris Pand. et Cod.

ein solches aufgegeben[10]), nicht derelinquirt[11]), aber ein

Strictur. pag. (184.) (*Lugd. Batavor.* 1764. 4.) hingegegen schaltet das Wort *tutoris* ein, und liest Statt ea enim, *ea vero* auf folgende Art: *Ea vero*, *qua fundus* TUTORIS, *quasi pupillaris*, *distractus est*, *venditio valet.* Nicht viel verschieden ist *Jo. Bern.* KOEHLER Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. (*Lips.* 1792. 8.) Cap. 2. pag. 6. welcher nur dem Wort *tutoris* einen andern Platz anweist. Er liest nämlich: *Ea enim*, *qua quasi pupillaris*, TUTORIS *vero* (fundus puta) *distractus est*, *venditio valet.* Alle diese Rechtsgelehrten verstehen also unter dem fundus *quasi pupillaris*, einen solchen fundus, qui alienus est, et falso pupillaris esse creditur. Dieser Erklärung scheinen auch *Jo. Guil.* HOFFMANN Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. und *Jo. Gottfr.* SAMMET Receptar. Lection. ad Jauchium libr. sing. Cap. XIV. (*Opusc.* pag. 151. sq.) zu huldigen, nur daß letzterer das *vero* mit TAURELLIUS in Adnotat. ad pag. 687. vom vero pretio versteht, es könne aber auch so viel, als vere heißen. Diese Erklärung verdient auch wohl den Vorzug, und kann, außer der Auctorität der Griechen, die sie für sich hat, auch noch durch eine andere Stelle aus Ulpians *libro XVI. ad Edictum* unterstützt werden, wo sich Ulpian auf eine ähnliche Art ausdrückt. Es ist die *L.* 10. §. 1. *D. de curatorib. furios.* welche folgendermaßen lautet: Curator furiosi rem quidem suam *quasi furiosi* tradere poterit, et dominium transferre, rem vero furiosi si *quasi suam* tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit. Von allen bisherigen abweichend ist die Erklärung des POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Art. I. Nr. III. Not. e. pag. 161. welche nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf. Er hält zwar auch die Lesart: *non* valet, für eine nothwendige Emendation, schlägt aber doch noch eine andere ohne Emendation vor, nämlich wenn man die Worte *quasi*

bereits erworbener Gewinn ausgeschlagen [12]). Solchemnach sind die hierher gehörigen Alienationsfälle, welche ein Decret erfordern, folgende. Verkauf, Tausch, Transact [13]), Gebung an Zahlungsstatt [14]), Bestellung eines Heyrathsguts, wenn deswegen eine Veräußerung nöthig wird [15]),

pupillaris so versteht, decreto interposito legitime distractus est. Allein dieses würde sich ja wohl von selbst verstanden haben.

9) *L. ult. C. de rebus alien. non alienand.* (IV. 51.)

10) *L.* 5. *D. de fundo dot. L.* 3. §. 4. *et* 5. *D. h. t. L.* 7. *L.* 13. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

11) *L.* 28. *pr. D. de Verb. Signif.* sagt zwar Paulus ALIENATIONIS Verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, *qui patitur usucapi.* Allein von einem obrigkeitlichen Decrete kann hier wohl keine Rede seyn.

12) *L.* 5. §. 8. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Fundum autem *legatum* repudiare pupillus sine Praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, *cum res sit pupilli*, nemo dubitat. Mit der Repudiation einer Erbschaft, welche erst durch die Antretung erworben werden muß, verhält es sich anders. Diese ist keine Alienation. *L.* 28. *pr. D. de Verb. Signif.* Qui occassione acquirendi non utitur, non intelligitur *alienare*, veluti *qui hereditatem omittit.* S. VOET Comm. h. t. §. 3. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 522. Not. d. und Geigers und Glücks Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLIII. §. 11. S. 216. ff.

13) *L.* 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) S. *Jo. Jac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad h. L. pag. 499.

14) *L.* 15. *C. eodem.*

15) *L.* 22. *C. de administrat. tutor. vel curat. L.* 61. §. 1. *D. de iure dot.* Anders, wenn die Sachen der Pflegbe-

Bestellung einer **Donatio propter nuptias**[16]), Cession der Forderungen des Pflegbefohlnen[17]), Verpfändung[18]), auch wenn sich bei der Erwerbung einer Sache der Verkäufer bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes eine Hypothek darauf vorbehalten hätte[19]), wofern sie nicht schon die Gesetze selbst geben, wie z. B. in dem Falle, wenn einem Pupillen mit dem Gelde eines andern Pupillen ein Grundstück gekauft worden ist[20]). Ent-

fohlnen selbst zum Heyrathsgute gegeben werden. *L.* 30. *C. de iure dot.* (V. 12.) S. Voet c. l.

16) *L.* 16. *et L.* 22. *Cod. cit.* Verb. vel in donationem propter nuptias. *L.* 8. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Sonst findet keine Verschenkung Statt. *L.* 3. *C. Si maior. factus* (V. 74.). Vergleiche jedoch den 30. Th. des Commentars §. 1333. S. 227. ff.

17) S. *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. Tom. I. Cons. XXXVI. Qu. IV. nr. 17—19. pag. 406—412. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 442. f. (der 2. Aufl. Greifswald 1826. 8.) Ob Staatspapiere eine Ausnahme machen? Die bejahende Meinung hat die Auctorität eines Mittermaier's in den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 373. S. 689. (der 3. Ausgabe) für sich. Sollte sich aber der Grund, weil Staatspapiere in Bezug auf vormundschaftliche Verwaltung wie Mobilien behandelt werden, wohl mit der Vorschrift der *L.* 22. *C. de admin. tut. vel curat.* vereinigen lassen?

18) *L.* 1. §. 2. *L.* 5. §. 10. *L.* 7. §. 5. *L.* 8. §. 2. *D. h. t. L.* 2. *C. de praed. et aliis reb. minor. L. ult. C. de reb. alien. non alienand. L.* 22. *C. de administr. tut. vel curat.*

19) *L.* 1. §. 4. *D. h. t. L.* 2. *eod.* S. Noodt Comm. h. t. §. At non. und den 16. Th. dieses Commentars. §. 1000. Not. 59. S. 234.

20) *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. den 19. Th. §. 1087. b. S. 48—52

sagung einer dem Pflegbefohlnen gemachten, und von ihm bereits acceptirten Schenkung [21]), Ausschlagung eines Vermächtnisses [22]), Belastung eines Grundstücks mit Servituten, oder Erlassung derselben, in so fern sie dem Pflegbefohlnen auf fremden Sachen zustehen [23]). Auszahlung eines Vermächtnisses, wenn dem Pupillen vom Testirer, der ihn zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtniß bedacht hat, ist auferlegt worden, eine ihm gehörige Sache einem Andern abzugeben [24]), und Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Auch diese darf nach einer Verordnung des Kaisers Justinian an den **Praefectus praetorio** Johannes [25]) dem Vormunde anders nicht geschehen, als wenn eine richterliche Entscheidung, wodurch jedoch dem Pflegbefohlnen keine Kosten verursacht werden dürfen, es ihm erlaubt hat; weil sonst der Schuldner nicht

21) *L.* 7. *C. de praediis et aliis reb. minor.* Impp. Carus, Carinus, *et* Numerianus. Si ad resolvendam donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti quinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti auctoritatem data sit, non oberit iuri tuo.

22) *L.* 5. §. 8. *D. h. t.* S. not. 11. und *Bav.* Voorda Thes. controv. Dec. XXVIII. §. 1. in fin.

23) *L.* 3. §. 5. *in fin. D. h. t. L.* 5. *D. de fundo dot. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

24) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Ulpian. Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Sejo a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare orationem: sin vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse orationi, nec inconsulto Praetore posse alienari.

25) *L.* 25. *C. de administr. tutor. et curator.*

befreyet wird, wenn der Empfänger das Geld verschleudert, oder durch Diebstahl verloren hat[26]). Bey Renten, Mieth- und Pachtgefällen, wie auch Zinsen ist zwar ein solches Decret nicht erforderlich, sie müssen nur aber nicht von länger als zwey Jahren rückständig seyn, und dabey nicht über hundert solidos betragen[27]).

26) §. 2. *J. Quibus alienare licet, vel non.* (II. 8.) Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in Constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione *Tribuniani*, viri eminentissimi, Quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et iudex pronunciaverit, et debitor solverit, sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem pecuniae summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumserit, aut furto amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur: quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Man vergleiche Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim- und Civilrechte. 1. B. (Göttingen 1791. 8.) Nr. XVIII. S. 133—138.

27) *L. 27. C. de administr. tut. vel curator.* Constitutionem, quam nuper fecimus, disponentes — etiam in usuras extendimus: quae tamen non summatim, neque ex multis annis collectae iam debentur, biennales metas, et centum solidorum quantitatem minime excedentes. In den *Basilicis* Tom. V. pag. 137. Const. XL. heißt es: Η διάταξις κελένει κατὰ μίμησιν τῶν προσόδων καὶ τῶν ἐνοικίων, οὕτως καὶ τοὺς τόκους καταβάλ-

III. Sachen, welche abgenutzt, oder dem Verderben ausgesetzt sind, besonders Früchte, und das überflüssige Vieh kann der Vormund ohne Decret veräußern[28]).

IV. Das Veräußerungsverbot geht nur auf solche Veräußerungen, die von dem Willen des Vormundes abhangen, nicht auf solche, welche er nicht verhindern kann, sondern geschehen lassen muß.

V. Das Verbot hört also auf, 1) wenn Urtheil und Recht die Veräußerung befiehlt. Dahin gehört, wenn die Obrigkeit eine Auspfändung, oder eine **missio in possessionem rerum pupillarium** verfügt; oder wenn der Vormund einen **fundus pupillaris** vindicirt, und weil der Besitzer dem richterlichen Urtheile zu Folge, den **fundus** nicht restituirte, die angebotene **litis aestimatio** eine

λεσθαι χωρὶς ἀποφάσεως τοῦ ἄρχοντος· εἰ μήτε ἐκ πλειόνων τῶν δύο ἐνιαυτῶν χρεωσοῦνται, μηδὲ ὑπερβαίνουσι τὰ ἑκατὸν νομίσματα. i. e. *Constitutio iubet exemplo redituum et pensionum usuras solvi, sine decreto iudicis, nisi biennium et supra aureos centum debeantur.*

28) *L. ult. C. Quando decreto opus non sit.* (V. 72.) *L.* 28. *in fin. C. de admin. tut. vel curat.* Hisque adiicimus, nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes, tutoribus et omnibus curatoribus licere *fructus*, sive qui ex reditibus praediorum colliguntur, sive qui ex substantia personarum, quarum gubernationem habent, inventi fuerint, id est, vinum et oleum et frumentum, vel cuiuscunque speciei sunt, *sine decreto distrahere iusto pretio*, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur obtinere: et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrentur.

Veräußerung nothwendig macht; oder wenn ein fundus pupillaris von einem Dritten in Anspruch genommen, und weil gegen den Pupillen erkannt worden, der Vormund nun den fundus restituiren muß. Diese Fälle berührt Ulpian *L.* 3. §. 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

§. 1. **Pignori tamen capi iussu Magistratus, vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest, et ius pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti** [29]**,** ***et ut procedat*** [30]**,**

29) In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. §. 1. Tom. V. pag. 124 sq. heißt es: *καὶ πραθῆναι, καὶ πέμψαι εἰς νομὴν ἀπὸ τῆς περὶ οἶκον ἐλπιζομένης ζημίας, καὶ τῆς περὶ πραγμάτων φυλακῆς, καὶ τῆς περὶ ληγάτου ἀσφαλείας.* i. e. ***et mittere in possessionem ex causa damni infecti, et rei servandae et legatorum cautionis causa.***

30) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. V. pag. 145. Sch. 1. erklärt die Worte: *et ut procedat* so: *καὶ ἐπὶ τῷ δεσπόσαι τὸν γείτονα τοῦ οἴκου ἢ τοῦ ἀγροῦ τοῦ πουπίλλου, καλῶς εἰς δευτέραν νομὴν πέμπει αὐτὸν ὁ Πραίτωρ.* i. e. ***et ut vicinus dominus fiat aedium, vel fundi pupillaris, recte eum in secundam possessionem mittet Praetor.*** Cujacius Observat. Lib. VII. Cap. 23. hält daher die angeführten Worte für verstümmelt. Er liest nämlich: ***et ut dominium procedat, iuberi etiam possidere poterit.*** An einem andern Orte Lib. XXI. Cap. 36. ändert er jedoch seine Meinung wieder. Er will daselbst lieber *ut procedat* usucapio lesen, und führt zur Unterstützung dieser Lesart die *L.* 5. *pr. L.* 12. *L.* 18. §. 15. *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto.* (XXXIX. 2.) an, welche blos von einer Usucapion sprechen. Praetor enim ut heredem, ita dominum facere non potest, sed posses-

iuberi etiam *possideri* poterit. Hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex

sorem facit *iure dominii*, ut usucapio procedat. *L.* 7. §. 1. *D. de usufructu. L.* 15. §. 16. *D. de damno inf. Henr. a* Suerin Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. VII. (in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 18 sq.) verwirft jedoch die Meinung des Cujacius gänzlich, und setzt ihr die *L.* 5. §. 1. *D. communi divid. L.* 15. §. 17. *D. de damno inf.* und *L.* 1. *pr. D. de fundo dot.* entgegen. Er selbst hält gar keine Emendation für nöthig. Die Worte *ut procedat*, bezieht er auf den Prätor, und erklärt sie so: Der Prätor kann im Wege des strengen Rechts eine missio in possessionem verfügen, er kann aber auch dem Minderjährigen auf sein Gesuch die Restitution ertheilen. *L.* 15. §. 22. *D. de damno inf. Pet.* Duirsema Conjectural. iuris civ. (*Groening.* 1714. 8.) Lib. II. Cap. 5. §. 4. pag. 230. versteht auch die Worte vom Prätor, und meint, das Wort Praetor sey auch in der Handschrift gestanden, aber mit Siglen geschrieben gewesen, nämlich so PR. wie nach Magno und Valerius Probus das Wort Praetor geschrieben wurde. Diese Siglae hätte der Abschreiber nicht verstanden, daher sey hier eine Lücke entstanden. Statt procedat aber will er *procedit* lesen, und das *ut* in der Bedeutung von sicut nehmen. Die Worte, so restituirt: *et ut non procedit*, sollen also auf das amtliche Verfahren des Prätors hindeuten, und soviel heißen: und so wie der Prätor in solchen Fällen zu verfahren pflegt. Allein gehen die Worte wirklich auf den Prätor, so ist es nicht nöthig, das Wort auf eine so künstliche Art hinein zu emendiren, weil ja des Prätors in den vorhergehenden Worten ausdrücklich gedacht wird. Pagenstecher Adversarior. Lib. I. cap. 9. will unter den Worten *et ut procedat*, das Wort pignus verstehen, von dem vorher die Rede war. Für diese Meinung ließen sich nun zwar die *L.* 3. und *L.* 5. *C. Ut in possess. legator.* (VI. 53.) anführen; allein eben deswegen, weil schon

tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratuum auctoritate.

§. 2. Item quaeri potest: si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat? Et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit[31]).

vorher von der missio in possessionem rerum pupillarium die Rede war, und ausdrücklich gesagt wurde, *et ius pignoris contrahitur;* so würde ja durch diese Interpretation eine höchst unnütze Tautologie herbeygeführt werden. Ich halte also die Erklärung des griechischen Scholiasten für die allein richtige, die auch noch insonderheit durch die *L.* 1. *D. de fundo dotali* (XXIII. 5.) *L.* 5. §. 3. *in fin. h. t.* und *L.* 15. §. 16 *et* 17. *D. de damno infecto* (XXXII. 2.) unterstützt werden kann. Eine Emendation scheint mir daher auch gar nicht nöthig zu seyn. Denn die Worte *et ut procedat* gehen offenbar auf die missio in possessionem, von der vorher die Rede war, und wollen soviel sagen, „und damit dieselbe ihre vollkommene Wirksamkeit erlange." Nun konnte doch nicht noch einmal von eben derselben missio die Rede seyn, von der es ja schon vorher hieß, es werde dadurch ein ius pignoris contrahirt. Schon Accursius sahe daher, daß das *iubere possideri* von einer possessione ex secundo decreto zu verstehen sey, wodurch derjenige Eigenthümer wird, qui possidere iubetur. Eben dieser Meinung ist auch *Ant.* Faber in Jurispr. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. VII. Illat. 83. pag. 907.

31) Basilica *Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 3. §. 2. Tom. V. pag. 125. Εἰ δὲ ἐναγαγὼν ὁ ἐπίτροπος περὶ ὀρφανικοῦ ἀγροῦ, λάβῃ ἀποτίμησιν τῆς δίκης, ἔῤῥωται ἡ ἐκποίησις. i. e. *Si tutor petierit fundum pupillarem, et acceperit aestimationem litis, alienatio valet.*

L. 3. §. 3. Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

2) Wenn der Vater des Mündels die Veräußerung in seinem Testamente oder Codicille befohlen hätte [32]), sollte auch das Testament des Vaters irritum geworden seyn [33]).

L. ult. D. h. t. Paulus *libro IX. Responsorum.* Paulus respondit: etsi testamentum patris

Man vergleiche jedoch *L.* 68. *D. de Rei vind.* Bachovius Advers. *Anton.* Fabrum Decad. XCVIII. Err. 9. nr. 4. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 3. §. 2. D. h. t. pag. 497. und den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 227. f.

32) Unter testamentum *irritum* wird hier jeder ohne Widerruf des Erblassers ungültig gewordener letzter Wille verstanden. S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Irritum.* Ein solcher gilt doch noch immer als Wille des Vaters. S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VII. illat. 90. pag. 917. Voet Comm. h. t. §. 12. *Ger.* Noodt ad Dig. h. t. §. *Hactenus.* pag. 586. und *Franc.* Duarenus Comm. ad h. t. (*Oper.* pag. 311.)

33) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Verb. nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. — *L.* 1. *C. Quando decreto opus non est.* (V. 72.) Impp. Severus *et* Antoninus AA. *Valentino.* Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio, pretium reciperet: id quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas Praesidis necessaria est, ut tutorum solicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant. Dat. VI. Kalend. Januar Antonino et Geta Conss. 206.

postea irritum esse apparuerit, tamen tutores pupilli sive curatores filii nihil contra orationem Divorum Principum fecisse videri, si *secundum voluntatem defuncti* testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Dritter, von dem der Pflegbefohlne die Sache erhielt, die Veräußerung derselben zur Pflicht und Bedingung gemacht hat, wie aus *L.* 3. *C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) erhellet.

Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Stratoniciano.* Praedium rusticum vel suburbanum a minore vigintiquinque annis alienari sine decreto Praesidis, nisi parentis voluntas, vel *testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit,* super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest. Dat. XII. Kal. April. Nicomediae. AA. Conss.

Der Wille des Vaters muß nur aber bestimmt erklärt seyn, und darf nicht blos daraus gefolgert werden, daß der Vater mit solchen Sachen, die er den Kindern hinterlassen hat, Handel zu treiben pflegte, wie uns Ulpian *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* lehrt, wenn er sagt:

Si defunctus, dum viveret, res venales habuerit testamento tamen non caverit, ut distraherentur, abstinendum erit venditione: non enim utique, qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahendum putavit.

3) Wenn ein Dritter die Veräußerung zu fordern ein gegründetes Recht hat. Dahin gehört, a) wenn ein Pfandgläubiger sein Recht, welches ihm entweder noch von dem

Vater des Mündels, oder von einem Dritten, dessen Nachfolger der Minderjährige geworden ist, oder von dem Mündel selbst, mit Genehmigung der Obrigkeit, gegeben worden ist, an der ihm verpfändeten Sache geltend macht. Hierauf gehen schon die letzten Worte der Oration des Kaisers Severus *L.* 1. §. 2. *in fin. h. t.*

Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo.

Besonders aber gehören hierher noch folgende Gesetze:

L. 2. *C. Si adversus venditionem pignoris.* (II. 29.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Severae* et *Clementinae.* Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem: quod iuris est, etiam si extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores, seu curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt, convenite. Dat. XIII. Kalend. Maii, *Sirmii.* CC. Conss. 294.

L. 1. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Imp. ANTONINUS A. *Manutiano.* Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, ad Senatusconsultum, quod de non alienandis praediis pupillorum vel adolescentium, nisi auctore Praetore vel Praeside provinciae factum est, non pertinet: sed si etiamnum in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus competens iudex, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte, causa cognita dispiciet. PP. XIII. Kalend. Decembr. *Duobus Asperis* (*C. Julio II.* et *Caio Julio*) Conss. 212.

L. 7. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Si pupillus dedit pignori res permissu Praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri? Sed dicendum est, *posse creditorem ius suum exsequi:* tutius tamen fecerit, si prius Praetorem adierit [34]).

b) Wenn der Vater, oder ein Anderer, den der Pupill beerbt hat, einem Dritten schon bey seinem Leben eine Sache versprochen, oder verkauft, aber noch nicht tradirt hatte.

L. 5. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *eodem.* Sed si pater stipulanti fundum spoponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur, sine Praetoris auctoritate posse eum reddere. Idemque, et si iure hereditario alii successerit, qui erat obligatus.

§. 7. Eadem ratione et si parens fundum vendiderit, vel quis alius, cui pupillus successerit, potest dici, pupillum cetera venditionis (sc. traditionem) inconsulto Praetore posse perficere.

c) Wenn der Pupill, oder sein Vater das Grundstück cum pacto de restituendo, z. B. cum pacto addictionis in diem, oder de retrovendendo erworben hat, oder das Grundstück dem iuri retractus unterworfen ist [35]).

34) *Ant.* FABER in Jurispr. Papin. Scient. c. l. Illat. 87. pag. 914. hält die Worte: *tutius tamen fecerit* etc., für den Zusatz eines unwissenden Interpreten. Allein ohne hinreichenden Grund. Denn auch die *Basilica* Tom. V. pag. 128. lin. l. haben: ἀσφαλέστερον δὲ ἔστι προσελθεῖν με τῷ πραίτωρι. i. e. *Tutius tamen fecero, si adiero Praetorem.* Die Worte gehen ja nicht auf den Tutor, sondern auf den Creditor.

35) *L.* 2. *C. de pactis inter emt. et venditor. compos.*

d) Wenn eine gerichtliche Caution zu leisten ist.

L. 28. §. 3. *C. de administr. tutor. vel curator.* Imp. IUSTINIANUS A. *Ioanni* PP. — Tutores vel curatores — licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, *pro cautela litis* subsignare.

e) Wenn der Pflegbefohlne von einem großjährigen Socius zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache aufgefordert wird. Dieser Fall ist schon selbst in der Oratio SEVERI [36]) ausdrücklich ausgenommen, in welcher es heißt:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet.

Jedoch gilt dieses nur, wenn das praedium pro indiviso commune ist, und der Socius maior auf die Aufhebung der communio dringt. Ist also das praedium nur pro diviso commune, oder es ist nicht von einer Theilung, sondern bloßen Verpfändung der gemeinschaftlichen Sache die Rede, so ist ein obrigkeitliches Decret nöthig, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 16. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Communia praedia accipere debemus, si

(IV. 54.) *L.* 1. *C. Quando decret. opus non sit.* S. VOET ad Pand. h. t. §. 12. CUJACIUS Recitation. solemn. in tit. 71. Libri V. Cod. Quando decreto opus non est. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 11. pag. 551. besonders aber Desselben Comment. in Cod. ad Tit. LXXII. Lib. V. Quando decreto opus non sit. pag. 502. *Jo. a* SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. I. §. 3. nr. 18. et 19. et §. 7. nr. 104. und *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 23. Nr. VI.

36) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

pro indiviso communia sint: ceterum si *pro diviso* communia sint, cessante oratione, decreto locus erit[37]).

L. 8. §. *ult. D. h. t.* IDEM *libro II. de omnibus Tribunalibus.* An obligari communia possint? (sc. *pro parte minoris*) quaeritur. Sed non puto sine decreto obliganda: nam quod excepit oratio, ad hoc tantum pertinet, *ut perimatur communio*, non ut augeatur difficultas communionis.

Sind beyde Socii noch unmündig, so kann keiner auf die Theilung dringen. Ulpian sagt *L.* 7. *pr. D. h. t.*

Si pupillorum sint communia praedia, qui diversos tutores habent, videamus, an alienatio locum habere possit? Et cum provocatio necessaria sit, puto alienationem impediri: neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem exspectant. Item, si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet.

Vorzüglich gehört noch hierher das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an Philippus.

L. 17. *C. de praediis et aliis reb. minor.* (V. 71.) Inter omnes minores nec commune praedium sine

37) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 127. heißt es gerade umgekehrt: Ἐὰν μὴ διῃρημένος, ἀλλ' ἐξ ἀδιαιρέτου ἔχῃ ὁ ἄνηβος κοινὸν, χρεία τοῦ ἐγγράφου ψηφίσματος. i. e. *Si non pro diviso, sed pro indiviso praedium commune pupillus habeat, decreto opus est. Jo. Guil.* HOFFMANN Observat. variae s. Meletem. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 5. hat durch eine Versetzung der Worte zu helfen gesucht. Der Scholiast pag. 148. Sch. n. hat das Gesetz richtig ins Griechische übertragen.

decreto Praesidis sententia Senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam *provocante tantummodo maiore socio*, eius alienationem et sine decreto fieri iam pridem obtinuit. Dat. VII. Idus Decembr. CC. Conss.

VI. Soll eine dem Mündel verpfändete Sache, um zur Zahlung der darauf haftenden Schuld zu gelangen, veräußert, oder ein auf einer Sache des Mündels gültig constituirtes Pfandrecht einem andern Gläubiger überlassen werden, welcher mit seinem Gelde den ersten hypothekarischen Gläubiger abgefunden hat, oder sollen Grundstücke des Mündels blos verpachtet oder vermiethet werden; so ist in keinem dieser Fälle ein obrigkeitliches Decret erforderlich. In dem ersten darum nicht, weil die zu veräussernde Sache eine fremde Sache ist, die nicht dem Mündel, sondern dem Schuldner gehöret; im zweyten darum nicht, weil dem neuen Gläubiger kein neues Pfandrecht bestellet wird, sondern dieser in das Pfandrecht des ersten Gläubigers eintritt; in dem letztern Falle darum nicht, weil eine Verpachtung keine Veräußerung ist. Das Letzte bedarf keines weitern Beweises [38]). Ueber die zwey ersten Fälle aber giebt es besondere Gesetze.

L. 5. §. 3. *D. h. t.* ULPIANUS. *Lib. XXXV. ad Edictum.* Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores possint? hunc enim *quasi debitoris*,

38) *L.* 39. *D. Locati.* Man vergleiche über Verpachtungen der Grundstücke des Mündels *Jo. a* SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. 1. §. 3. nr. 48. Gesterding im Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer B. IV. Nr. I. S. 1—5.

hoc est alienum vendunt [39]). Si tamen impetraverat pupillus vel pater eius [40]), ut iure dominii possideat, consequens erit dicere, non posse distrahi, *quasi praedium pupillare* [41]). Idemque est, et si fuerit ex causa damni infecti iussus possidere [42]).

L. 7. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *eodem.* Item videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris [43]), valere obligationem, ut ius prioris creditoris ad sequentem transeat.

39) Ulpian äußert hier nach einem bey ihm öfters vorkommenden, und schon mehrmals bemerkten Redegebrauche, seine Meinung durch eine Frage ohne beygefügte Antwort. Sie ergiebt sich aber aus dem beygefügten Entscheidungsgrunde von selbst. S. den 32. Th. §. 1374. S. 344. f. Not. 25.

40) Scil. a Principe. *L.* 3. *C. de iure dominii impetrando.* (VIII. 34.)

41) *Quasi praedium pupillare* erklärt der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. pag. 147. Sch. y. ganz richtig so: ἐπειδὴ πουπιλλάριον λοιπὸν γέγονε τὸ πρᾶγμα; i. e. *quia nunc res pupillaris facta est.* Eben so wird auch in den vorhergehenden Worten das *quasi debitoris* erklärt: ἐπειδὴ τοῦ χρεώστου ἐστίν, *quia debitoris est.*

42) Der griechische Scholiast c. l. erklärt diese Stelle so: ὥςπερ εἰ καὶ εἰς τὴν νομὴν τὴν δάμνι ἰνφέκτι πεμφθεὶς ὁ πούπιλλος, ἐπέμφθη καὶ εἰς τὴν β'. νομὴν, ἐφ' ᾧ δεσπόσαι τῆς οἰκείας τοῦ γείτονος· οὐδὲ γὰρ ταύτην δύναται λοιπὸν ὁ ἐπίτροπος ἐκποιεῖν. i. e. *Idemque si pupillus in possessionem missus ex causa damni infecti, et ex hac causa secundo mittatur, ut* DOMINUS *fiat aedium vicini: nam et eas vendere tutor postea non poterit.*

43) Es dürfen also nicht höhere Zinsen stipulirt, und dadurch die Schuldenlast erschwert worden seyn.

Ein Anders ist, wenn ein Pfandrecht auf einer Sache des Pupillen constituirt werden soll, welche bisher noch nicht verpfändet war, und der Vormund das ihm vom Gläubiger dargeliehene Geld dazu verwendet hat, um einen andern Gläubiger damit abzufinden, der auf einer andern Sache des Mündels ein Pfandrecht hatte. Hier kann der Vormund dem neuen Gläubiger kein Pfandrecht ohne Genehmigung der Obrigkeit geben. Ist es dennoch geschehen, so ist die Verpfändung nach dem strengen Rechte ungültig. Denn hier ist eine andere Sache verpfändet worden, nicht dieselbe, auf welcher der abgefundene Gläubiger ein Pfandrecht hatte. Ist indessen die Sache des Minderjährigen dem Gläubiger zum Unterpfande tradirt worden; so kann derselbe wenigstens die Sache retiniren, und sich mit der **exceptio doli** schützen, wenn der Minderjährige die Sache aus dem Grunde, daß die Verpfändung nichtig sey, zurückfordert, weil es gegen Billigkeit und Redlichkeit streitet, dem Gläubiger das Geld nicht wieder zu bezahlen, womit eine andere Sache des Minderjährigen von dem darauf haftenden Pfandrechte freygemacht, und also derselbe bereichert worden ist. Diesen Fall trägt Ulpian in Verbindung mit dem vorigen *L.* 7. §. 5. *h. t.* vor:

Si obligavit rem tutor *sine decreto*, quamvis obligatio non valeat, est tamen *exceptioni doli* locus, sed tunc, quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor [44]).

§. 1383.

Erfordernisse einer rechtsgültigen Alienation von Pupillengütern.

Soll nun die Veräußerung auf eine rechtsgültige Art geschehen; so wird dazu erfordert, **1)** daß eine rechtmäßige

44) Man vergleiche über beyde Gesetzstellen **Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. a. et b. pag. 163.**

Ursache vorhanden sey. Für eine solche ist aber nur diejenige zu halten, welche die Veräußerung nothwendig macht. Um aber von dem Daseyn derselben versichert zu seyn, muß 2) die Obrigkeit eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, welche zugleich sowohl auf die Beschaffenheit der zu veräußernden Sache, als auf die Art der Veräußerung selbst zu richten ist, wie §. 1385. lehren wird. Ist alles gehörig untersucht, so muß nun 3) noch ein ordentliches Veräußerungsdecret, und zwar von der competenten Obrigkeit, ertheilt werden. Dieses allein ist also nicht hinreichend, denn ohne vorhergegangene Untersuchung würde das Decret nichtig, und für erschlichen zu halten seyn, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Carus, Carinus, und Numerianus an den Caro erhellet.

L. 6. *C. de praediis et aliis reb. minor.* **Minorum possessionis venditio, per procuratorem delato ad Praetorem vel Praesidem provinciae libello, fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur. S. Non. Maii, Caro et Carino AA. Conss. 283.**

Auf diese Nothwendigkeit einer förmlichen Untersuchung, und nicht gerade auf die angegebene Veräußerungs-Ursache ist auch wohl, nach der richtigern Erklärung und Interpunction, die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian zu beschränken, welche in der *L.* 12. *C. eodem* an den Leontius folgendermaßen rescribiren:

Ob aes alienum, tantum causa cognita praesidali decreto praedium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. Dat. 11. Kalend. Maii Heracliae, CC. Conss.

Nach dieser Interpunction ist also das tantum nicht auf die vorhergehenden, sondern nachfolgenden Worte zu beziehen, wie Andr. Alciatus[45]), Franz Duarenus*), Elb. Leoninus[46]), Ludw. Russardus[47]), und auch Joh. Voet[48]) dieses Rescript verstanden haben. Diese Erklärung wird auch durch die Griechen unterstützt. Denn in den Basiliken[49]) heißt es: *Διὰ χρέος ἐπικείμενον, δυνάται πιπράσκεσθαι ὀρφανικὸν πρᾶγμα, μετὰ ἀποφάσεως δηλονότι.* i. e. *Ob urgens aes alienum, vendi res pupillaris omnino potest cum decreto.* Und dieses erklärt der griechische Scholiast[50]) folgendermaßen: *Μὴ εἴπῃς διὰ χρέος μόνον· καὶ γὰρ κᾂν μὴ διὰ χρέος, ἀλλὰ τυχὸν ὅτι οὐκ εἶχεν ἀλλαχόθεν ἀποτραφῆναι, καλῶς ἡ πράσις γένεται.* i. e. *Ne dixeris, ob aes alienum tantum: nam et si non ob aes alienum, sed forte ob victus rationem, qui aliunde parari non possit, recte fit venditio.*

§. 1384.

Rechtmäßige Ursachen der Veräußerung.

Es muß also 1) eine rechtmäßige Veräußerungs-Ursache vorhanden seyn, das heißt eine solche, welche eine Nothwendigkeit der Veräußerung herbeyführt. Für eine solche erkennen die Gesetze vorzüglich dringende nicht

45) Dispunction. Lib. IV. Cap. 5.

*) Comm. in Tit. 34. Lib. II. Cod. Si adv. dotem. (*Opp.* pag. 103.)

46) Emendation. Lib III. Cap. 3. nr. 6. et 7.

47) In edit. sua Cod. ad h. L. not. h.

48) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6. et 8.

49) *Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 53. Tom. V. Fabroti pag. 141.

50) Loc. cit. *Schol. s.* pag. 160.

unbedeutende Schulden. Schon in der Oration des Kaisers Severus[51]) heißt es: *Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi* etc., und zwar wird hier die Schuldenlast nur allein als eine rechtmäßige Veräußerungsursache genannt. Es wird aber dabey vorausgesetzt, 1) daß die Gläubiger auf die Bezahlung dringen[52]), 2) daß die Schuld aus andern Mitteln, nämlich aus der vorhandenen Baarschaft oder aus dem Vorrath von Früchten, und sonstigen Einkünften, oder ausstehenden leicht zu erhebenden Schuldforderungen, nicht getilgt, noch die Gläubiger zur Geduld bewogen werden können, welches alles die Obrigkeit vor Ertheilung des Decrets gewissenhaft zu untersuchen hat. Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum*[53]):

Non passim tutoribus *sub obtentu aeris alieni* permitti debuit venditio: neque enim est eis via distractionis tributa, et ideo Praetori arbitrium huius rei Senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obventionum. — Si igitur deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, *si modo urgeat creditor*,

51) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

52) S. Voet Comm. h. t. §. 7. und *Jo. a* Sande de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 56—59.

53) *L.* 5. §. 9. *D. h. t.*

aut *usurarum modus parendum aeri alieno*[54]) *suadeat*.

Die letztern Worte lehren, daß wenn auch die Gläubiger nicht gerade auf die Bezahlung dringen, dennoch schon die drückende Zinsenlast die Bezahlung einer Schuld kann dringend, und also eine Veräußerung nothwendig machen. Daß aber auch die Schuldenlast nicht unbedeutend seyn dürfe, sagt Ulpian in der angeführten Stelle ausdrücklich, wenn er §. 10. die Obrigkeit anweißt, bey Ertheilung des Decrets darauf zu sehen: *ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur.*

Sollten denn aber wirklich nur dringende Schul-

54) Haloander, und der ihm fast überall folgende *Lud.* Miraeus lesen *carendum aere alieno.* Allein der große Literator *Guil. Ott.* Reitz in Annotation. Sporad. in fin. (in Püttmanni Opusc. iurid. ex Observation. Miscellan. Batav. in un. volum. collectis. (*Hallae* 1782. 8. pag. 158.) hält nichts für so gewiß, als daß *parcendum* gelesen werden müsse. Der Sinn soll freylich wohl seyn, aut graves usurae aes alienum dissolvere iubeant. In den Basilicis c. l. Tom. V. pag. 126. Const. 5. §. 5. wird auch wirklich der Ausdruck gebraucht, πληρῶσαι τὸ χρέος, welches so viel heißt, als dissolvere *aes* alienum, und nun werden die beyden Ursachen angeführt, welche die Tilgung der Schuld nothwendig machen, 1) wenn der Gläubiger auf die Bezahlung dringt; καὶ ἐπικειται ὁ δανειστὴς, und 2) wenn die Zinsen zu drückend sind: ἢ οἱ τόκοι βαροῦσιν. Die meisten Rechtsgelehrten bleiben jedoch bey der gemeinen Lesart *parendum*, und *Adr.* Turnebus Adversarior. Lib. XXXIII. Cap. 35. erklärt nach dieser Lesart das *parere aeri alieno* so: Is *parere* dicitur *aeri alieno*, sagt er, qui se ei imparem sentit et fatetur, nec diutius eius usuris gravari vult, sed mavult solvere.

den allein die Obrigkeit berechtigen können eine Veräußerung zu erlauben? Ulpian[55]) sagt es freilich wiederholend, non passim distrahi iubere Praetori tributum est, *sed* ITA DEMUM, *si urgeat aes alienum;* und fügt die drohende Folge hinzu: Proinde et si permiserit, *aere alieno non allegato*, consequenter dicemus, *nullam esse venditionem*, *nullumque decretum.* Eben so sprechen die Kaiser Diocletian und Maximian in der schon oben vorgekommenen *L.* 12. *C. de praediis et aliis reb. minor.* so wie die Kaiser Constantinus A. und Constantinus C. in der *L. ult. C. eod.* von dieser Veräußerungs-Ursache auf eine Art, als ob es die einzige rechtmäßige Ursache sey. In jener Constitution hieß es: *Ob aes alienum* TANTUM causa cognita etc. und die letztere lautet so:

Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, *debitis* DUNTAXAT *fiscalibus urgentibus*, *vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii:* decreti interpositio a Constantiniano Praetore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. Dat. XII. Kalend. Januar. PROBIANO et JULIANO CONSS. 322.[56]).

55) *L.* 5. §. 14. *D. h. t.*

56) Diese Constitution, welche in den bisherigen Ausgaben des Theodosianischen Codex fehlte, ist nun aus einer Turiner rescribirten Handschrift von Peyron wieder restituirt worden, nur schade, daß die Inscription und Subscription verloren gegangen ist. Die restituirte Constitution selbst befindet sich in WENCK Cod. Theod. libr. V. prior. Lib. III. Tit. 21. *de praediis minorum sine decreto non alienandis.* Const. 2. pag. 197—200. mit vielen gelehrten Anmerkungen desselben.

Man könnte nun zwar sagen, daß die angeführten Gesetze gerade von der Veräußerung solcher Grundstücke sprächen, welche die Oration des Kaisers Severus verboten hatte, wenn nicht auch Kr. Constantin in der oben angeführten Constitution alles, was vom Decret der Obrigkeit nach dem ältern Rechte galt, auch bey der Ausdehnung jenes Veräußerungsverbots auf alle unbewegliche und bewegliche Sachen der Pupillen und Pflegbefohlnen in den Worten: *nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorare — licebat*, ausdrücklich beobachtet wissen wollte. Daher wird auch in der letzten Constitution der beyden Constantine keiner besondern Art von Sachen mehr gedacht. Dennoch aber können jene Gesetze so ausschließend nicht verstanden werden, als sie gefaßt sind, wie auch schon Cujaz[57]) bemerkt hat, ob ich gleich in der Geschichte dieser Rechtslehre (§. 1381. b.) der Wortfassung folgte.

Denn es ist schon oben (S. 27.) erinnert worden, daß das Wort *tantum* in der *L.* 12. nach der Erklärung der meisten Rechtsgelehrten nicht auf *aes alienum*, sondern auf die nachfolgenden Worte *causa cognita* zu beziehen sey, welches Erforderniß auch seiner unerläßlichen Nothwendigkeit wegen besonders in der *L. ult.* hervorgehoben wird, wenn es daselbst heißt: *probatis examinatisque causis*, oder wie die Turiner Handschrift liest: *probatis* EXAMUSSIM *causis*. Das Wort *duntaxat* aber wird zwar gewöhnlich in der exclusiven Bedeutung von tantum oder solum genommen; es heißt aber auch

57) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Lib. V. de adm. tutor vel curat. ad L. 22. circa fin.

soviel als **scilicet**[58]), in welcher Bedeutung es auch füglich hier genommen werden kann, wenn man nicht mit Gerh. Noodt[59]) annehmen will, es stehe hier überflüssig, und habe gar keine bestimmte Bedeutung, wovon Salmasius[60]) mehrere Beyspiele angeführt hat. Sollte aber der Ausleger dieses, wie billig, zu hart finden, so mag er das Wort **duntaxat** immerhin auch hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen, denn offenbar bezieht es sich nicht auf **debita fiscalia, vel privata,** sondern auf **debita** ***urgentia***, so daß der Sinn ist, nicht wegen einer jeden Schuld, sie sey eine fiskalische oder Privatschuld, dürfe die Obrigkeit ein Veräußerungsdecret ertheilen, sondern nur dann, wenn es dringende Schulden (**debita** ***urgentia***) sind[61]).

Daß jedoch die rechtmäßigen Veräußerungs-Ursachen wirklich nicht blos auf dringende Schulden allein beschränkt werden können, erhellet schon daraus, weil die Gesetze selbst Fälle angeben, wo auch andere Ursachen die Nothwendigkeit einer Veräußerung herbeyführen können. So kann die Bestellung einer Brautgabe einen Verkauf von Sachen der Mündel nothwendig machen, wenn anders die Ehe nicht zu Stande kommen kann[62]). Eben so kann ferner die Weitläuftigkeit eines Prozesses, der damit verbundene Kostenaufwand, und der zweifelhafte Ausgang desselben die Nothwendigkeit eines Vergleichs veranlassen[63]).

58) S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Dumtaxat.*

59) Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera talis est.* pag. 587.

60) Nott. ad Vopiscum *in vita Probi.* Cap. 16.

61) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. in fin.

62) *L.* 61. §. 1. *D. de iure dot.*

63) *L.* 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

Daß auch Mangel am nöthigen Unterhalte des Pflegbefohlnen eine Veräußerung rechtfertige, darin sind alle einverstanden[64]).

Um diese verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinigen, behaupten mehrere[65]) durch die Oration des Kaisers Severus sey zwar bey der Veräußerung der **praediorum rusticorum** und **suburbanorum**, welche dadurch den Vormündern verboten wurde, nur dringende Schuldenlast allein, als rechtmäßige Veräußerungs-Ursache gebilliget worden; allein mit der Erweiterung dieses Verbots habe man durch Interpretation die Veräußerung auch wegen anderer Ursachen der Nothwendigkeit erlaubt.

Ob um des bloßen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige[66]) wollen diese Frage bejahen, weil wenn man die

64) S. *Jo. a* Sande P. I. Cap. I. §. 4. nr. 62. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 5. und Desselben Diss. de alienatione rerum, quae minorum sunt. Th. 30. besonders *Pet.* Müller ad *Struvium* P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. ζ. pag. 603. Man vergleiche auch *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 14. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. III. §. 684. und Just. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162.

65) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Libri V. Const. 22. pag. 399. (*Francof.* 1605. 4.) *Jo. a* Sande c. l. §. 61. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. in Pand. P. I. Diss. LIII. Th. 14. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. c. l. pag. 586. sq. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. f. pag. 163. Man vergleiche jedoch Voet h. t. §. 8. circ. fin.

66) Montanus Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 450.

Rechtmäßigkeit der Veräußerung blos an die Ursachen der Nothwendigkeit knüpfen wollte, hieraus in den meisten Fällen den Pflegbefohlnen der größte Schaden erwachsen würde. Nun erlaube aber weder Recht noch Billigkeit, dasjenige, was heilsam zum Besten der Menschen eingeführt worden ist, durch eine härtere Erklärung gegen den Nutzen derselben in Strenge zu verwandeln. Dieß sey der klare Ausspruch der Gesetze[67]). Allein den Gesetzen ist diese Meinung dennoch nicht gemäß. Nach der ausdrücklichen Vorschrift derselben soll um des bloßen Nutzens willen keine Veräußerung gestattet werden. Ulpian hat diese Frage so bestimmt entschieden, daß kein Zweifel übrig seyn kann. Er sagt *L.* 5. §. 14. *D. h. t.*

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, *expedire haec praedia vendi*, et vel alia comparari, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? *Et magis est, ne possit.*

Nicht einmal alsdann soll die Veräußerung erlaubt werden, wenn auch der **fundus pupillaris** schlechtes Land und unfruchtbar seyn sollte, wie Paulus *L.* 13. *pr. D. h. t.* durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätiget. Er wirft daselbst die Frage auf:

Si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est, an alienare eum non possit? Et Imperator ANTONINUS et divus pater eius in haec verba rescripserunt: *Quod allegastis, infructuo-*

STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXXI. Th. 84. *Jo.* VOET Comm. h. t. §. 8. und *Jo. Ern. Just.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 614.

67) *L.* 25. *D. de Legib. L.* 6. *C. eod.* (I. 14.)

sum esse fundum, quem vendere vultis, movere nos non potest, quum utique pro fructuum modo pretium inventurus sit.

Es kann zwar freylich nicht geleugnet werden, daß durch diese Strenge der Gesetze den Pflegbefohlnen mancher Vortheil entgehen kann, den sie vielleicht hätten machen können; dennoch aber ist dadurch im Ganzen für das Beste der Mündel und die Erhaltung ihrer Güter besser gesorgt, weil, wenn man der Obrigkeit hätte erlauben wollen, um jedes vermeintlichen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten, allerdings zu befürchten wäre, daß der heilsame Zweck des Veräußerungsverbots nach und nach ganz vereitelt, und am Ende bei der Veräußerung der Mündel-Güter die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets auf eine leere Förmlichkeit hinauslaufen würde. Wenn also nicht die besondern Landesgesetze und Vormundschaftsordnungen [68]) die Veräußerung auch wegen eines erheblichen und augenscheinlichen Nutzens zulassen, muß es bey der Vorschrift des gemeinen Rechts bleiben, worin auch die meisten Rechtsgelehrten [69]) mit einander übereinstimmen.

68) Z. B. das Baierische Landrecht. 1. Th. 7. Kap. §. 13. Nr. 4. Chur-Braunschweig. Landes-Ordnungen. Kap. II. S. 645. f. Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 555. Fränkische Landgerichts-Ordnung 3. Th. Tit. XV. §. 2. und Tit. XVI. §. 2. Chursächsische Vormundschafts-Ordnung. Kap. XVI. §. 1. Schwarzburg. V. O. Kap. 24. u. a. Es kann also wohl nur in Beziehung auf diese besondern Landesgesetze verstanden werden, wenn Mittermaier in den Grds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 374. sagt, daß auch der Nutzen des Pupillen ein hinreichender Grund zur Veräußerung seyn könne.

69) *Jo. a* Sande cit. Tr. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 63. *Andr.*

Eine Veräußerung, welche blos des Vortheils wegen geschehen ist, muß daher, wo nicht die Landesgesetze sie zulassen, auch noch heut zu Tage für nichtig erklärt werden, wenn sie auch durch ein obrigkeitliches Decret bestätiget worden ist[70]). Es ist auch gleichviel, ob die veräußerten Sachen unbewegliche oder bewegliche Sachen von Werth sind, obwohl in Ansehung der letztern mehrere Rechtsgelehrten[71]) eine entgegengesetzte Ansicht haben.

§. 1385.

2) Obrigkeitliche Untersuchung. Worauf ist sie zu richten?

Zur Gültigkeit der Veräußerung wird nun auch 2) eine förmliche Untersuchung erfordert. Diese causae cognitio gehörte bey den Römern für die höhern Obrigkeiten. In den Gesetzen werden deswegen blos der Prätor und der Präses der Provinz, als die für diese Unter-

FACHINAEUS Controv. iuris Lib. III. Cap. 3. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 4. et 5. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 6. *Jo. Henr.* BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tit. XXXIX. Observ. XVII. pag. 400. sq. und Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. 4. Th. 11. pag. 211. (edit. *Haubold.*) besonders Dav. Ge. Struben rechtl. Bedenken. 2. Th. Bed. CIV. S. 387—392. *Aug. a* LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. Medit. 1. u. m. a.

70) S. *Gottl.* HUFELAND's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1574. Not. a. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Aufl.)

71) *Sam.* STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. *Just. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 19. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 577.

suchung competente Behörde genannt, welche sie keinem Stellvertreter übertragen konnten, wenn sie auch ihre Jurisdiction mandirten[72]). Diesen wird sie daher zur besondern Pflicht gemacht, und ihrer Wichtigkeit wegen in den Gesetzen[73]) ganz vorzüglich hervorgehoben. Um so mehr hat sich's auch Ulpian[74]) angelegen seyn lassen, hierüber das richterliche Amt auf das genaueste zu unterweisen. Heut zu Tage ist diese Befugniß ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn nicht nach der besondern Verfassung des Landes diese Angelegenheit an ein besonderes vormundschaftliches Gericht (Pupillen-Collegium) verwiesen ist, und steht dem Richter zu, welcher den Vormund bestellt, oder bestätiget hat[75]). Dieser ist auch dem Pflegbefohlnen dafür verantwortlich, wenn er bey der Untersuchung nicht pflichtmäßig verfährt, dahingegen die oben genannten römischen Behörden gerade solche waren, gegen welche die **actio subsidiaria adversus Magistra-**

72) *L.* 2. §. 1. *D. de officio eius, cui mandata est iurisd.* (l. 21.) Ulpianus *Libro III. de omnibus Tribunalibus.* Si tutores vel curatores velint praedia vendere, *causa cognita id Praetor vel Praeses permittet:* quodsi mandaverit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre. Man vergleiche noch die *L.* 1. *L.* 6. *C. de praediis et aliis reb. minor.* (V. 71.)

73) *L.* 6. *L.* 12. *L.* 18. *C. de praed. et al. reb. min. L.* 3. *C. Si quis ignorans rem min. esse.* (V. 73.)

74) *L.* 5. §. 9—11. *D. h. t.* S. Just. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162. und 163.

75) S. Claproth's Rechtswiss. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. S. 324. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 576.

tum nicht zulässig war. Ueberhaupt ist aber diese Untersuchung auf drey Gegenstände zu richten, nämlich a) auf die Ursache der Veräußerung, b) auf den dazu auszuwählenden Gegenstand, und c) auf die Art der Veräußerung.

Wenn also um die Erlaubniß zur Veräußerung von Pupillengütern nachgesucht wird, so darf sich der Richter auf die bloße Angabe der Vormünder, daß eine Ursache der Nothwendigkeit vorhanden sey, nie verlassen. Giebt also der Vormund dringende Schulden als Ursache an, so muß sich der Richter vor allen Dingen erkundigen, ob die Gläubiger wirklich auf die Bezahlung dringen, und dieselben zur Geduld zu bewegen versuchen. Ist dieser Versuch fruchtlos gewesen, so muß sich der Richter aus den Rechnungen und dem Verzeichniß über den Vermögens-Bestand des Mündels nachweisen lassen, daß es an Baarschaften, zahlbaren Forderungen, Naturalvorräthen, und zu hoffenden gewissen Einkünften gänzlich fehle, um die gegenwärtige Nothwendigkeit der Zahlung, oder auch des Unterhalts, und sonstiger Bedürfnisse zu bestreiten. Da hier den Vormündern nicht immer zu trauen ist, so muß der Richter zugleich die nächsten Verwandten des Mündels, oder treue Freunde desselben, oder solche Personen, welche von den Verhältnissen des Mündels genau unterrichtet sind, zu Rathe ziehen, und immer nur im Falle einer vorhandenen Nothwendigkeit die Veräußerung gestatten. Ulpian belehrt hierüber den Richter folgendermaßen.

L. 5. §. 11. *D. h. t.* In primis igitur, quoties desideratur ab eo, ut permittat[76]) distrahi, requi-

76) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *remittat*. Allein die Lesart *permittat*, welche Haloander, und die meisten Ausgaben haben, ist wohl unstreitig richtiger.

rere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia asseverare Praetori solent, necesse esse distrahi possessiones vel obligari. Requirat ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarium habet: aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint, qui inveniuntur, iubere debet edi rationes, itemque synopsin[77]) bonorum pupillarium, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat[78]).

Hieraus erklärt sich nun, wenn die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus in der *L.* 6. *C. de praed. et aliis reb. min.* rescribiren: die Veräußerung könne anders nicht erlaubt werden, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant.

77) Die Lesart Haloanders: *Itemque, si opus sit*, pupillarium bonorum advocatum pupillo dare, ist wohl offenbar unrichtig, und vom *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. IV. Cap. 3. (in Ottonis *Thes. Jur. Rom.* Tom. IV. pag. 1531.) mit Recht verworfen worden. Auch in den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit.* 9. *Const.* 5. §. 6. Tom. V. Fabroti pag. 126. heißt es: *καὶ τὴν σύνοψιν τῆς οὐσίας*, i. e. *et inventarium bonorum. Jac.* Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 1. erklärt das Wort *Synopsis* durch brevis descriptio bonorum pupillarium. Ulpian braucht in eben dieser Bedeutung auch das griechische Wort *ἀναγραφή* in der *L.* 15. *pr. D. de rebus auctor. iud. possidend.* (XLII. 5.)

78) Die Nothwendigkeit der Bestellung eines solchen Beystandes fällt h. z. T. weg. S. Claproth angef. Rechtswissenschaft. §. 163. S. 328.

Soviel hiernächst den Gegenstand der Veräußerung betrifft, so hat der Richter darauf zu sehen, daß eine solche Sache gewählt werde, die der Pflegbefohlne am ersten entbehren, und durch deren Veräußerung der gegenwärtigen Nothdurft abgeholfen werden kann. Ehe er also seine Einwilligung zur Veräußerung eines Grundstücks giebt, muß er sehen, ob nicht unter den beweglichen Sachen des Mündels ein solcher Gegenstand befindlich ist, und zwar muß immer zuerst das Geringere, oder das dem Mündel weniger Nützliche gewählt werden[79]). Ulpian äußert sich hierüber *L.* 5. §. 9. *h. t.* folgendermaßen:

Item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint, ex quorum pretio aeri alieno satisfieri possit.

§. 10. Sed si sit alia possessio minor, vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi, quam maiorem et utiliorem.

Endlich muß auch eine solche Art der Veräußerung gewählt werden, bey welcher die Rechte des Mündels an der Sache soviel möglich erhalten werden können, und welche also dem Mündel am wenigsten nachtheilig ist. Es muß also berücksichtiget werden, ob nicht etwa durch eine bloße Verpfändung, oder, wenn ja der Verkauf nicht abzuwenden ist, ob nicht etwa durch Beyfügung des **pactum de retrovendendo** dem Pflegbefohlnen die Sache erhalten werden kann.

L. 5. §. 10. *D. h. t.* **Item Praetor aestimare**

79) S. *Jo. a* SANDE de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 66. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 330.

debebit, utrum vendere potius, an obligare permittat.

Ist gegen Verpfändung ein Darlehn aufzunehmen, so darf der Richter keine größere Summe aufzunehmen erlauben, als die Bestreitung der Nothdurft erfordert. Ulpian sagt ebendaselbst:

Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum.

Der Richter darf es nun eigentlich nicht dem Vormunde anheimstellen, ob er verkaufen oder verpfänden will, sondern er muß dieses ausdrücklich bestimmen, und der Vormund muß sich nach der Vorschrift des Richters genau richten. Denn überschreitet er sie, so handelt er nichtig. Ulpian sagt *L. 7. §. 3. D. h. t.*

Si Praetor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra, an valeat, quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quam quod a Praetore decretum est, nihil egisse.

Sollte der Richter dem Vormunde überlassen haben, ob er den ausgewählten Veräußerungs-Gegenstand verkaufen, oder verpfänden wolle; so ist zwar der Vormund freylich durch das Decret gedeckt, wenn er sich der ihm gestatteten Wahl bedient. Allein die Gesetze billigen dieses Verfahren nicht, wie aus folgender Stelle Ulpians erhellet.

L. 7. §. 4. D. h. t. Quid ergo, si Praetor ita decreverit: *vendere obligareve permitto,* an possit liberum arbitrium habere, quid[80]) faciat? *Et ma-*

80) Die florentinischen Ausgaben lesen *qui;* allein Haloander,

gis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere, et eligere, utrum magis obligare, an vendere permittat.

Vorzüglich hat nun auch die Obrigkeit noch dafür zu sorgen, daß das darlehnsweise aufgenommene, oder aus dem Verkaufe gelöste Geld seinem Zweck gemäß auch wirklich verwendet werde, welches Ulpian dem Richter noch zur besondern Pflicht macht.

L. 5. §. 13. *D. h. t.* Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.

War dringender Schulden wegen eine Veräußerung nöthig, so ist wohl das Sicherste, wenn das Geld den Gläubigern in den Gerichten bezahlt, und von diesen der Empfang im Protocoll bescheiniget wird[81]).

§. 1386.

Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets.

Hat sich nun der Richter von der Nothwendigkeit einer Veräußerung überzeugt; so wird noch zuletzt 3) zur Gültigkeit derselben erfordert, daß ein ordentliches

Hugo a Porta, Merlin, Baudoza, und alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *quid*, welches unstreitig richtiger ist.

81) S. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von fr will. Gerichtshandlungen. §. 166.

Veräußerungs-Decret ertheilt werde[82]). Dieses Decretum de alienando enthält den Ausspruch des competenten Richters, wodurch derselbe, nach vorher angestellter Untersuchung der Umstände, die Veräußerung ausdrücklich genehmiget. Das Decret muß also von der competenten Obrigkeit ertheilt werden. Wer aber diese sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Bey den Römern waren blos der Prätor und der Präses der Provinz die für die Ertheilung des Decrets competente Behörden[83]). Welche sind es aber jetzt? Eigentlich kann wohl nur competent diejenige Obrigkeit sein, welche die Obervormundschaft führt, und dieses ist denn auch wohl keine andere, als eben diejenige, welche die Vormundschaft angeordnet hat[84]). Mir scheint dieses auch die Meinung

82) *L.* 6. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Decretum solenniter interponatur. *L.* 22. *C. de admin. tutor.* S. *Hulder. ab.* EYBEN Discurs. iurid. de decreto in alienandis minorum caeterarumque his similium personarum rebus necessario. (in *Eius* Script. iurid. cum praefat. *Jo. Nic.* HERTII *Argentorati* 1708. f. editt. P. II. pag. 369 — 378.) und *Car. Frid.* WEINHOLD Disp. super decreto in alienandis rebus minorum interponendo. *Lipsiae* 1775. 4.

83) *L.* 1. *L.* 6. *L.* 9. *L.* 10. 12. 13. 14. 16. 17. 18. *C. de praediis et aliis reb. minor.*

84) S. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Just. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. der dritt. Ausg. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 521. *Gottl.* HUFELAND's Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. B. §. 1574. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 576.

der Gesetze zu seyn. Es gehören hierher vorzüglich folgende Gesetzstellen.

L. 5. §. 12. *D. h. t.* ULPIANUS *Libro XXXV. ad Edictum.* Illud quaeri potest: Si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, *si modo tutela Romae agebatur*, et hi tutores eam quoque administrationem subierant.

L. 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. *Eutichiae.* Si praedium rusticum vel suburbanum — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta *sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est*, vendidisti etc.

Die Streitfrage betrifft nun eigentlich den Fall, wenn die zu veräußernden Güter des Mündels außer dem Gerichtsbezirke der Obrigkeit des Wohnorts liegen. Hier glauben viele [85]), es sey gleichviel, welche von beiden Obrigkeiten das Decret ertheile. Es sey daher auch der Richter competent, in dessen Gerichtsbezirke die zu veräussernden Sachen liegen. Zur Unterstützung dieser Meinung beruft man sich auf die angeführten Gesetze. Andere [86])

85) *Huld. ab* EYBEN cit. Diss. Th. XI. (*Scriptor.* pag. 372.) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8. STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXXI. Th. 84. *Pet.* MÜLLER ad *Eundem* not. λ. *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. XI. (Tom. I. pag. 212. edit. *Haubold.*) *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Observ. 568. WEINHOLD Disp. cit. §. 11. Dieser Meinung ist auch HELLFELD.

86) *Jo. a* SANDE de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 70. et 71.

unterscheiden, ob die Vormundschaft ungetheilt oder getheilt verwaltet wird. Im ersten Falle habe der Vormund die Wahl, von wem er sich das Decret will ertheilen lassen, ob von dem Richter des Wohnorts, oder der gelegenen Sache. In dem letztern Falle hingegen könne nur der Richter das Decret ertheilen, in dessen Gerichtsbezirke das zu veräußernde Grundstück liegt. Allein zu Folge des aufgestellten Grundsatzes kann dem Vormunde nie die Wahl gestattet werden, es kann daher der **iudex rei sitae** nur dann für competent gehalten werden, wenn der Vormund von diesem Richter die Administration derjenigen Güter durch eine Theilung der Vormundschaft erhalten hat, zu welchen die zu veräußernde Sache gehört[87]). Die Meinung derjenigen[88]), welche blos den **iudex rei sitae** für competent halten, ist also den Gesetzen eben so wenig gemäß, als wenn andere[89]) behaupten, es müsse ein Decret von beyden Richtern eingeholt werden.

Eine andere Frage ist, ob das Decret noch vor der Veräußerung ertheilt werden müsse, oder ob es auch noch nachher erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung getheilt werden könne? Auch darüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Soll freilich das Decret

87) Man vergleiche noch die *L.* 27. *pr. D. de tutor. et curator. dat.* und *L.* 21. §. 2. *D. de Excusation.* S. auch Thibaut Syst. §. 521.

88) S. Montanus de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 55. pag. 386.

89) S. *Ant.* Perez Praelection. in Codicem Lib. V. Tit. 71. §. 8. *Ant.* Gomez variar. Resolution. iuris civ. T. II. cap. 14. *Ern.* Gothmann Consil. acad. Cons. XIII. nr. 4. *Ant.* Matthaei de Auctionib. Lib. I. cap. 7. nr. 10.

zugleich eine Anweisung für den Vormund enthalten, was er, und wie er veräußern solle, und dieses alles genau darin bezeichnet werden, ja soll es dem Vormunde die Veräußerung unter den darin bezeichneten Bestimmungen erlauben; so muß es wohl der Veräußerung vorausgehen. Daß aber dem wirklich so sey, scheint aus der Frage hervorzugehen, welche Ulpian *L.* 7. §. 4. *h. t.* entscheidet, wenn er daselbst sagt:

Quid ergo, si Praetor ita DECREVERIT: *vendere obligareve* PERMITTO, an possit liberum arbitrium habere, quit faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciamus, *Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare, an vendere* PERMITTAT.

Eben dieser Ulpian sagt ferner *L.* 5. §. 10. *h. t.* **Item Praetor aestimare debebit, *utrum vendere potius, an obligare* PERMITTAT. Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum: *aut si distrahendum arbitrabitur, ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur: sed si sit alia possessio minor, vel minus utilis pupillo, magis eam* IUBERE *distrahi, quam maiorem et utiliorem.***

Dieser Vorschrift entsprechen auch die heutigen Formulare eines obrigkeitlichen Decrets zur Veräußerung oder Verpfändung von Pupillen-Gütern [90]). Daher sind mehrere Rechtsgelehrten [91]) der Meinung, das obrig-

90) Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 164. S. 335. und 336.

91) S. *Jo. a* SANDE de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I.

keitliche Decret müsse der Veräußerung vorausgehen. Da indessen dieses doch nirgends bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist[92]), und in der *L.* 2. *h. t.* die bloße confirmatio für hinreichend gehalten wird; so behaupten viele[93]), zu denen auch unser Hellfeld gehört, daß die Obrigkeit noch hinterdrein das **decretum de alienando** erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung heilen könne. Hier entsteht nun aber wieder die Frage, ob diese Gültigkeit nur von der Zeit der erfolgten obrigkeitlichen Genehmigung an zu rechnen sey, oder schon von der Zeit an, da die Veräußerung geschahe. Das Letztere behaupten mehrere Rechtsgelehrten aus dem Grunde, weil in der *L.* 7. *Cod. ad SCtum Macedon.* (IV. 20.)

§. 5. nr. 68. et 69. *Dionys.* Gothofredus in Nota ad L. 5. §. 9. D. h. t. not. x. *Pet.* Müller ad Struvii Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. ι. pag. 604. *Ben.* Carpzov Lib. V. Respons. LXVIII. nr. 3 et 18. Claproth angef. Rechtswissenschaft. §. 165. und *Car. Christoph* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 669.

92) S. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Ausg.)

93) *Octav.* Simoncellus Tr. de decretis caeterisq. solemnitatib. in contractib. Minorum adhibend. (*Helmst.* 1673. 4.) Praefat. nr. 31—35. pag. 23. sq. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 211. *Jo. Balth.* a Wernher Select. Observationes forens. Tom. I. P. I. Obs. 254. pag. 281. et P. II. Obs. 446. pag. 458. *Aug.* a Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 6. *Jo. Henr.* Berger Resolution. Legum obstant. h. t. Animadv. ad verb. *Decretum iudicis.* p. 578. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Memb. III. §. 22.

ganz allgemein verordnet werde, jede Genehmigung werde durchaus zurückgezogen, und bestätige alles, was gleich anfangs geschehen sey [94]). Allein so allgemein auch diese Regel ausgedrückt ist, so wenig ist sie hier anwendbar. Es ist hier nicht blos von einem Geschäfte die Rede, zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Einwilligung, sondern von einem solchen, wo neben derselben eine unterlassene Feyerlichkeit erforderlich gewesen wäre, ohne welche demselben ein verbietendes Gesetz entgegen stände. Hier wird das früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie gültig, sondern erhält erst seine Gültigkeit durch die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung [95]). Eine bloße gerichtliche Bestätigung des von dem Vormunde geschlossenen Contracts, wofern nicht alle übrige Erfordernisse dabey beobachtet worden, ist jedoch keinesweges hinreichend, wie Hellfeld hier ganz richtig bemerkt [96]).

Noch ist die Frage übrig, ob die Veräußerung gerade auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung oder Subhastation geschehen müsse? Viele [97]) halten dieses für

94) S. Leyser a. a. O. und Walch a. a. O.

95) *L.* 25. *C. de donat. inter vir. et uxor.* (V. 16.) nach welcher in einem solchen Falle die rückwirkende Kraft nicht Statt finden soll. S. Gottl. Hufeland über die verschied. Wirkungen der Genehmigung von Geschäften; (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. (Giessen 1814.) Nr. IV. S. 222.)

96) S. auch *J. H.* Boehmeri Introd. in ius Dig. h. t. §. 7. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und Claproth's Rechtswiss. §. 164. S. 334.

97) *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Codic. ad Tit. 37. Libri V. de administr. tut. pag. 398. (edit. Francof. 1605. 4.) *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I.

nothwendig, weil nur auf diesem Wege der höchst mögliche Preis zu erhalten sey, und alle sonst mögliche Vervortheilung der Pflegbefohlnen vermieden werde. Man glaubt diese Meinung auch durch die Gesetze[98]) unterstützen zu können, und empfiehlt dabey zugleich eine vorgängige Schätzung. Man sagt auch, die Meinung sey in der Praxis angenommen, und gelte als eine gemeine Gewohnheit[99]). Allein in dem gemeinen Rechte hat diese Meinung keinen Grund, wie auch Hellfeld ganz richtig bemerkt hat. Sie kann wenigstens aus den angeführten Gesetzen nicht bewiesen werden. In der *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.* ist zwar freylich von einer Versteigerung die Rede, es wird auch gesagt, wenn sich nach dem Zuschlag noch Einer findet, der überbieten will, so halte eine Restitution nicht schwer, um eine neue Licitation zu veranlassen. Aber es wird nicht gesagt, daß sie zur Gültigkeit der Veräußerung nothwendig sey. Eben so deuten allerdings die *auctionalia*, deren Ulpian *L.* 1. §. 3. *D.*

Cap. I. §. 5. nr. 72. *Octav.* Simoncellus de decretis Lib. I. Tit. I. nr. 46. sqq. pag. 119. sqq. *Ben.* Carpzov Lib. V. Respons. 72. und P. II. Decis. 195. *Sam.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 6. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. *Jo. Balth. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 210. et P. III. Obs. 227. Claproth Rechtswiss. von freywill. Gerichtshandlungen. §. 165. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1900. u. a.

98) *L.* 7. §. 8. *D. de minorib. L.* 1. §. 3. *D. de tutelae et ration. distr. L.* 3. *C. Si adv. fiscum.*

99) S. Mittermaiers Grunds. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 374. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. h. t. §. 2. S. 146.

de tutelae et ration. distrah. neben den Inventarien gedenkt, auf öffentliche Versteigerungen von Pupillen-Sachen hin. Denn es werden darunter die von den Argentarien über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rechnungen verstanden[100]), welche Cicero[1]), *auctionariae tabulae* nennt. Allein es kann auch aus diesem Gesetz eben so wenig, wie aus jenem, eine Nothwendigkeit der öffentlichen Versteigerung bewiesen werden. Endlich die *L.* 3. *C. Si ad fiscum* (II. 37.) spricht zwar auch von dem Verkaufe der Güter eines Minderjährigen **sub hasta**, aber von einem solchen Verkaufe, welcher fiscalischer Forderungen wegen geschehen war. Ein solcher fiscalischer Verkauf mußte immer **servata hastarum solemnitate** geschehen, weil er auf keine Weise, selbst von Unmündigen nicht angefochten werden konnte. Es war also hier kein Unterschied, die vom Fiscus verkauften Güter mochten einem Minderjährigen oder einem andern Schuldner gehören[2]). Es beweist folglich auch dieses Gesetz nichts. Vergleichen wir dagegen alle Gesetze, die von dem Verkaufe der Güter der Pflegbefohlnen handeln; so findet sich darunter auch nicht ein einziges, welches dabey die Nothwendigkeit einer öffentlichen Versteigerung vorgeschrieben hätte. Da sie nun die bey einem solchen Verkaufe zu beobachtenden Feyerlichkeiten so sorgfältig angeben, würden sie nicht auch diese bestimmt vorgeschrieben haben? Es ist zwar nicht zu läugnen, daß

100) S. Kraut Commentat. de argentariis. Cap. III. pag. 26. und den 32. Th. des Commentars §. 1373. S. 327.

1) *Orat. in Catilin. II. cap.* 8.

2) *L.* 1. *C. Si propter public. pensitation.* (IV. 46.) *L.* 5. *C. de fide et iure hastae fiscal.* (X. 3.) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in Cod. ad L. 3. C. Si advers. fisc. pag. 116. und Westphal vom Kaufe. §. 637.

derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten sey, für welchen sie öffentlich verkauft worden ist; daß dieses aber doch nicht immer der Fall sey, erscheint daraus, weil ja sonst die Frage von einer Restitution dagegen nicht hätte seyn können, welche *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.* entschieden wird. Ja wie hätte wohl Ulpian sagen können: *Et quotidie Praetores eos restituunt, ut rursum admittatur licitatio?* Mit Recht läugnen daher die meisten Rechtsgelehrten [3]), daß bei den Veräußerungen der Güter der Pflegbefohlnen eine öffentliche Versteigerung nothwendig sey. Viele Provinzialgesetze [4]) erfordern sie freilich; allein eine allgemeine Gewohnheit oder

3) *Jo.* Voet comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. *Gottfr.* Suevus Diss. An in alienatione bonorum pupilli vel minoris necesssaria sit subhastatio? *Vitemb.* 1704. *Sam. de* Cocceji iur. civ. contr. P. II. h. t. Qu. 4. pag. 236. sqq. *Jo. Henr.* Berger Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 578—584. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 4. pag. 550. sq. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 23. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. XIII. nr. 6. et 13. Mich. *Cod.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. II. h. t. §. 7. pag. 525. Gebr. Overbeck. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Med. 72.

4) Mittermaier a. a. O. hat viele angeführt. In vielen ist aber auch die öffentliche Versteigerung gar nicht vorgeschrieben, z. B. in dem Bayer. Landrechte, in der Fränk. Landgerichtsordn. Frankfurt und Nürnberg. Reformat. Coburger Statuten, und vielen andern. Daher sagt Simoncellus de decretis pag. 128. nr. 67. *Animadvertendum est, non requiri subhastationem in venditione rerum minorum ex consuetudine.*

Gerichtsgebrauch läßt sich nicht beweisen[5]). Die Erfahrung hat vielmehr vielfältig gelehrt, daß die Subhastation dem Pflegbefohlnen mehr nachtheilig, als vortheilhaft gewesen ist, auch die Gerichtskosten nicht gerechnet, welche dadurch veranlaßt werden[6]). Es giebt ja noch andere Wege, den wahren Werth einer Sache auszumitteln. Der Richter kann sie ja durch Sachverständige schätzen lassen. Sollte er nun doch die Subhastation für zuträglicher halten, so kann er sie verfügen, aber nothwendig ist es nicht.

§. 1386. a.

Veräußerung der Güter der Minderjährigen, welche veniam aetatis erlangt haben.

Noch ist zu bemerken, daß die vorgeschriebene Form der Veräußerung nicht blos bey den Sachen derjenigen Personen erfordert wird, welche unter der Vormundschaft stehen, sondern auch bey den Sachen der Minderjährigen, welche **veniam aetatis** erlangt haben, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese zwar über bewegliche Sachen frey disponiren, Grundstücke aber eben so wenig, als diejenigen, die unter der Curatel stehen, ohne Decret der Obrigkeit verkaufen oder verpfänden können[7]). Aber Grundstücke

5) Dieß erhellet aus den in den Schriften der Practiker vorkommenden sich widersprechenden Erkenntnissen. Man vergleiche z. B. Berger **Electa Disceptation. for. pag. 1116.** Leyser **c. l.** Schorch **Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Nr. CXXX.** und Harpprecht **Consil. Tubing. Vol. II. Cons. XXVI. nr. 106.**

6) Man sehe hier vorzüglich Müller **Observation. pract. ad** ***Leyserum*** **Tom. III. Fasc. II. Obs. 615.**

7) ***L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetraver.*** **(II. 45.)**

verschenken können sie gar nicht, auch nicht einmal in Gefolge eines obrigkeitlichen Decrets. Die Gesetze nehmen blos eine **donatio propter nuptias** aus. Außerdem ist die Schenkung ungültig, und erlangt erst dann ihre Gültigkeit, wenn sie der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit in zehen Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden nicht angefochten hat, wie aus folgender merkwürdigen Verordnung des Kaisers Justinian erhellet.

L. 3. C. Si maior factus alienat. factam. **(V. Tit. 74.) — Cum autem donationes a minoribus *nec cum decreto* celebrari possint, *si minor vel post veniam aetatis* REM IMMOBILEM *donationis titulo in alium, excepta* PROPTER NUPTIAS *donatione, transscripserit*[8]): non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore aquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit[9]). Dat. Idib. April. DECIO V. C. Cons. 529.**

8) Man s. über diese Stelle Marezolls Bemerkungen, Zweifel u. Vermuth. aus dem Gebiete des Civilrechts. **Nr. VII.** (in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgegeb. von den HH. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 8. B. S. 279. ff.)

9) Der Sinn dieser Worte ist, dem Erben des Minderjährigen soll die Zeit zu statten kommen, die dem Verstorbenen noch übrig war. Es ist also hier nicht gerade von einem minderjährigen Erben die Rede, wie *Jac.* CUJACIUS in **Paratitl. in Lib. V. Tit. 74. Cod. (*Opp. Hannoviae* 1602.**

§. 1387.

Wirkung der Alienation, wenn sie in gesetzlicher Form geschehen ist.

Sind nun die oben (§. 1383.) angegebenen Erfordernisse oder Feyerlichkeiten bey Veräußerung der Güter einer bevormundeten Person beobachtet worden, so ist die Veräußerung nach dem strengen Rechte gültig [10]). Es darf nur das Decret nicht durch falsche Vorstellungen erschlichen [11]), auch nicht von dem Vormunde bey der Veräußerung da-

fol. *editor*. Tom. III. pag. 100.) meint, sondern das Gesetz spricht überhaupt von dem Erben eines Minderjährigen. So versteht diese Stelle auch *Lud.* RUSSARDUS not. ad h. L. Eben so *Ant.* SCHULTING ad *Jul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 9. §. 4. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 238.) Diese Erklärung hat auch die Auctorität der Basiliken für sich, in welchen es *Lib. X. Tit.* 4. *Const.* 65. Tom. I. FABROTI pag. 640. heißt: εἰ δὲ ἐν τῷ μεταξὺ ὁ ἀφῆλιξ τελευτήσοι, ζητοῦμεν ἵνα τὸ λεῖπον τοῦ χρόνου διάστημα δράμῃ, τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ σιωπῶντος: i. e. *Quodsi minor interim in fata concesserit, volumus, ut residuum temporis spatium effluat, herede ipsius silente.* Es ergiebt sich hieraus, daß die Worte so versetzt werden müssen: *quod post eiusdem minoris aetatem heredis silentio transactum sit.*

10) *L.* 12. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. *Huld. ab* EYBEN cit. Diss. Th. XXXVII. (*Scriptor.* pag. 377.)

11) *L.* 1. §. 2. *L.* 5. §. 15. *D. h. t. L.* 5. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro ait Oratio* (*Opp.* Tom. II. pag. 587. sq.) *Huld. ab* EYBEN Diss. de decreto alienandi cit. Th. XXIII. (*Opp.* pag. 375.) und *Gottl.* HUFELAND Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1576.

gegen gehandelt worden seyn [12]). Denn hätte die Obrigkeit blos Verpfändung erlaubt, der Vormund hätte aber das Grundstück verkauft, so ist die Veräußerung nichtig [13]). Sind indessen auch alle Förmlichkeiten beobachtet worden, der Pflegbefohlne aber kann beweisen, daß ihm gleichwohl die Veräußerung nachtheilig sey, so kann ihm die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden [14]), welcher er aber auch wieder entsagen kann, wenn er sie gleich schon erhalten hat, wofern ihm die Aufhebung des Geschäfts gereuen sollte, es muß nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch nicht vollzogen seyn [15]).

12) *L.* 7. §. 3. *D. h. t. Jo.* Voet comm. h. t. §. 9.

13) *L.* 7. §. 3. *cit.*

14) *L.* 1. *L.* 11. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 77. et 78. und *Huld ab* Eyben Diss. cit. Th. XXXVIII.

15) *L.* 41. *D. de Minorib.* Julianus *Libro XLV. Digestorum.* Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui, eumque pretium emtori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione, poenitentia acta: exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium Praetoris non implorasset. Die letzte Periode dieser merkwürdigen Gesetzstelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Man glaubt, sie habe keinen richtigen Sinn, wenn man nicht emtor statt *venditor* lese. So lesen daher die größten Rechtsgelehrten, *Jac.* Cujacius in Comm. ad Tit. Pand. de minorib. ad L. Si iudex. (*Opp. ab* ipso *editor.* Tom. II. pag. 178.) *Ant.* Faber

Es fragt sich aber, wem der Beweis obliege, wenn die Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter

Rational. in Pand. ad L. 41. de minorib. *Elb.* Leoninus Emendation. sive Observat. Lib. I. cap. 18. *Edm.* Merillius Variant. ex Cujacio Lib. III. Cap. 11. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. IV. Tit. 4. §. *Caeterum, ut aequum est*, (*Opp.* Tom. II. pag. 118.) und *Bern. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. 2. (in *Opuscul. a* Juglero *editt.* pag. 63. sqq.) Andere hingegen sagen mit Accursius, das Wort *venditor* stehe hier für *emtor*. Denn die Benennungen emtor und venditor wären von den Alten häufig, so wie die Worte emtio und venditio, mit einander verwechselt worden. Allein daß die florentinische Lesart, mit welcher auch alle übrige Ausgaben übereinstimmen, richtig, und das Wort *venditor* hier auch in seiner eigentlichen Bedeutung genommen sey, hat *Car. Henr.* Haase in Variarum criticarum et exegeticarum ad ius civile pertinentium observationum Specim. I. et II. quibus inest commentationis grammaticae et criticae ad L. 41. D. de minoribus P. I. et P. II. *Lipsiae* 1809. 4. außer allem Zweifel gesetzt. Der Sinn der ganzen Stelle wird durch folgende Paraphrase deutlich werden. „Wenn ein Minderjähriger wegen Verletzung beym Verkaufe eines Grundstücks die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat, und der Richter in Gefolge derselben erkannt hat, daß dem Minderjährigen das Grundstück restituirt werden, der Minderjährige aber auch das Kaufgeld dem Käufer zurückgeben solle; so kann derselbe, wenn ihn nachher die Restitution gereuet, den Käufer, sofern dieser etwa ex causa iudicati gegen ihn auf die Zurückgabe des Kaufgeldes klagen sollte, mit einer exceptio utilis zurückweisen, weil es jedem freystehen muß, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht." Soweit haben auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 41. pag. 632. unsere Gesetzstelle. Μεταμελόμενος, heißt es daselbst, ὁ αἰτήσας ἀποκατάστασιν, οὐκ ἀναγκάζεται

gesetzlicher Form als ungültig angefochten wird? Muß hier von dem Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von

παρὰ τοῦ ἀντιδίκου αὐτοῦ τοῖς ψηφισθεῖσιν ἐμμένειν· ἔξεστι γὰρ ἑκάστῳ τῶν εἰσενηνεγμένων ὑπὲρ ἑαυτοῦ καταφρονεῖν. i. e. *Minor*, *qui poenitentia actus*, wie Fabrotus übersetzt, *restitutione in integrum impetrata uti non vult*, *cogi ab adversario non potest stare rebus iudicatis; unicuique enim licet contemnere haec*, *quae pro se introducta sunt*. Schade, daß der letzte Theil unserer Gesetzstelle, welcher gerade der schwierigste ist, in den Basiliken fehlt. Er besteht in den Worten: *Nec queri poterit* VENDITOR — *si minor auxilium Praetoris non implorasset*. Der Sinn dieser dunkeln Stelle läßt sich vielleicht durch folgende Paraphrase aufklären. „Keineswegs aber (*nec* i. e. non autem) ist es dem Verkäufer (dieser ist hier unstreitig der Minderjährige) erlaubt, abermals seine Gesinnung zu ändern, und wenn ihn der Kauf wieder gereuet, von neuem die Restitution zu suchen, (das heißt hier *queri*) nachdem er dem Kauf, auf dessen Rescission der Käufer geklagt hatte, durch die demselben entgegengesetzte Einrede wieder gehalten wissen wollte, so daß nun der Kauf zum zweyten Male wieder aufgehoben werde, weil er ja durch das Decret des Prätors, wodurch der Kauf, wegen der dem Käufer entgegensetzten exceptio utilis wieder war für gültig erklärt worden, in den Zustand restituirt worden ist, in welchen er sich selbst (nämlich durch die dem Käufer, welcher zur Restitution des Grundstücks bereit war, entgegengesetzte exceptio utilis) gesetzt hat, und in welchem die Sache ohnehin hätte unverändert bleiben müssen, wenn der Minderjährige nicht (d. h. wenn nicht der Verkäufer wegen seines minderjährigen Alters) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht hätte. Diese kann ihm nun aber darum nicht mehr ertheilt werden, weil Niemand aus einem und demselben Grunde zum zweyten Male vom Prätor restituirt wird." PAULUS *Sentent. Recept. Lib. I. Tit.* 7. §. 3. *et*

seinem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Die Frage ist streitig. Einige[16]) gehen von dem Grundsatze aus, daß bey Personen, die nicht selbst veräußern, und sich verbindlich machen können, wie nun diejenigen sind, welche unter der Vormundschaft stehen, in zweifelhaften Fällen immer vermuthet werden müsse, daß die Veräußerung ungültiger Weise geschehen sey. Sie meinen daher, dem Käufer sey immer der Beweis der Gültigkeit aufzulegen, und dieß sey nicht nur den Gesetzen, sondern auch den allgemeinen Regeln der Beweisführung gemäß. Alle berufen sich auf den Ausspruch des Gajus[17]): *Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emisse.* Sie sagen ferner, der Käufer müsse die förmlich geschehene Veräußerung um so mehr beweisen, da er sie behaupte, und Förmlichkeiten, als eine Thatsache, nicht vermuthet werden könnten. Allein nach der richtigern Meinung ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob gegen den Minderjährigen auf Erfüllung der Veräußerung geklagt wird, oder ob der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Im ersten Falle ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln, daß dem Kläger der Beweis obliege, daß das Geschäft

Tit. C. Si saepius in integr. restitutio postuletur. (II. 44.) S. HAASE cit. Commentat. P. II. pag. 12. sqq.

16) *Bartholom.* CHESIUS *Pisan.* Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 17. nr. 9. pag. 91. (*Liburni* 1657. *f.*) *Jo.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 11. *Octav.* SIMONCELLUS Tr. de decretis caeterisq. Solemnitatib. in contract. minorum adhibend. Lib. III. Tit. 7. Inspect. 3. pag. 422. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controvers. P. II. h. t. Qu. 2. pag. 233. sq. *Mich. Henr.* GRIEBNER Opusc. iur. Tom. V. Sect. II. §. 4. pag. 28. u. a.

17) *L.* 13. §. 2. *D. de public. in rem act.*

mit dem Minderjährigen in gültiger Form geschlossen worden sey. Denn wer aus der Handlung, deren Förmlichkeit bestritten ist, ein Klagerecht geltend machen will, welches ihm sonst gar nicht zustehen würde, muß natürlich die geschehene Beobachtung der Form beweisen. Sein Klagerecht hängt ja davon ab, daß die Handlung, woraus er dasselbe ableitet, gültig sey. Sie ist aber anders nicht gültig, als wenn sie in der gehörigen Form geschehen ist. Dieß muß also auch nothwendig der Kläger darthun [18]). In dem andern Falle hingegen hat der Pflegbefohlne, wenn er die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen beizubringen, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll, und zwar ohne Unterschied, es werde die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets selbst, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht aus folgenden Gesetzstellen ganz klar hervor.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* **Verb. Orationis:** ***manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori.***

L. 5. §. 15. *D. h. t.* **Ulpian.** *lib. XXXV. ad Edictum.* **Manet actio pupillo,** ***si postea poterit probari,*** **obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei**

18) S. Adolph. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. Nr. 32. S. 287. ff. Nepom. Borst über die Beweislast im Civilprozeß §. 69. S. 113. f. Albr. Schweppe röm. Privatrecht. §. 761. am Ende. (3. Ausg.) Anderer Meinung ist (*Car. Jul. Meno* **Valett im ausführl. Lehrbuche des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 908. S. 165.**

actionem? Et magis est, ut et in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

L. 5. C. de praediis et aliis rebus minor. (V. 71.) Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Sereno.* Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit*, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. PP. III. Kal. Maii, SECULARI *II.* et DONATO *Cons.* 261.

L. 2. C. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit. (V. 73.) Imp. GORDIANUS A. *Crispinae.* Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt: conveni earum possessorem, ut *si ita probaveris gestum*, et possessio retrahatur, et fructus universi revocentur, si non bona fide emtorem fuisse, qui emit, constiterit. Dat. XVI. Kalend. * GORDIANO A. II. et POMPEIANO *Conss.* 241.

Gegen so bestimmt für diese Ansicht sprechende Gesetze können nun die Gründe der entgegengesetzten Meinung in keine Betrachtung kommen, sie verdienen daher auch keine Widerlegung. Die Hauptstelle, worauf man sie zu gründen sucht, nämlich die *L. 13. §. 2. D. de public. in rem act.* (VI. 2.) kann gar nicht einmal hierher gezogen werden. Denn sie ist von Gajus, der die Oratio SEVERI gar nicht mehr erlebt hat, sondern wahrscheinlich unter dem Kaiser Commodus starb, seine libri ad Edictum provinciale aber gegen das Ende der Regie-

rung des Kaisers Antoninus Pius geschrieben hat[19]), mithin in der angeführten Stelle wohl nicht an das Senatusconsultum, von dem die angeführten Gesetze sprechen, denken konnte. Es steht überdem der Ausspruch des Gajus den angeführten Gesetzen gar nicht entgegen. Denn Gajus spricht, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, wo derjenige, welcher eine Sache von einem Pupillen gekauft hat, die **actio publiciana** gegen einen dritten Besitzer anstellen will. Hier muß freylich der Käufer zur Begründung seiner Klage beweisen, daß er die Sache in rechtlicher Form erworben habe, weil er ja **sine tutoris auctoritate** die Sache nicht **bona fide** gekauft, und also kein prätorisches Eigenthum erworben hätte[20]). Eben so nichtig sind die übrigen Gründe der entgegengesetzten Ansicht, wie schon von andern gezeigt worden ist[21]). Die neuern Rechtsgelehrten[22]) sind daher fast durchgehends mit mir einverstanden.

19) S. DITTMAR Diss. de nomine, aetate etc. Gaji ICti Rom. pag. 146.

20) *L.* 27. *D. de contrah. emt. L.* 9. *C. pro emtore.* (VII. 26.) S. WENCK Praefat. ad Tom. II. Opusculor. HAUBOLDI pag. 30.

21) S. Weber a. a. O. S. 290. ff.

22) *J. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 525. Günth. Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 9. und §. 10. S. 167—171. von Löhr kurze Bemerkungen. Nr. 9. im Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgeb. herausgegeb. von Carl v. Grolman und Egid. von Löhr. 3. B. S. 514—517. Dabelow Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 578. *Chr. Frid.* MÜHLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 330.

§. 1388.

Folgen der vernachläßigten gesetzlichen Form.

Da die Frage, wie es mit dem Beweise zu halten sey, eigentlich nur dann erst zur Sprache kommt, wenn die Veräußerung als ungültig angefochten wird; so ist nun noch von den Folgen zu handeln, wenn bey Veräußerung von Gütern der Pflegbefohlnen, oder von Grundstücken solcher Minderjährigen, welche **veniam aetatis** erhalten haben, gegen die gesetzliche Form auf irgend eine Weise gefehlt worden ist, es sey nun, daß die Veräußerung ohne ein obrigkeitliches Decret vorgenommen, oder daß das Decret ohne vorhergegangene pflichtmäßige Untersuchung, oder ohne eine gesetzmäßige Ursache ertheilt, oder dasselbe durch falsche Vorstellungen erschlichen, oder von den Vormündern bei der Veräußerung nicht genau befolgt worden ist, oder, wenn auch die äußere Förmlichkeit beobachtet worden, die Veräußerung doch darum nicht gelten kann, weil sie in einer bloßen Schenkung besteht. In allen diesen Fällen erklären die Gesetze die geschehene Veräußerung jedoch nur zum Vortheil des Pflegbefohlnen, für nichtig [23]), so daß es nicht einmal einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfen soll [24]). Dem

in fin. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. (3. Auflage.)

23) *L.* 5. §. 15. *L.* 7. §. 3. *D. h. t. L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 15. *et* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor. L.* 3. *C. Si maior. fact.* Voet Comm. h. t. §. 9. *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. et 17. und *Huld ab* Eyben Disc. iurid. de decreto de alienando. Th. 30. et 31. (*Scriptor.* pag. 376.)

24) *L.* 2. *C. de praed. et al. reb. minor.* Imp. Gordianus

Pflegbefohlnen bleibt daher sein Recht und Eigenthum, und er kann das Veräußerte nicht nur von jedem Besitzer abfordern, sondern auch den Vormund auf Entschädigung belangen.

L. 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.* Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Mithridati.* Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes. PP. XV. Kal. Maii SECULARI *II.* et DONATO CONSS. 261.

L. 8. *C. eodem.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIANUS. AA. *Theodotae.* Praedia rustica, quae contra Senatusconsultum data esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit: cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est. PP. III. Non. Novembr. DIOCLETIANO et ARISTOBOLO Conss. 285.

L. 11. *C. eodem* Impp. iidem AA. *Trophimo.* Si quidem sine decreto minor annis patronus tuus rusticum praedium venundedit: supervacuum est de vili pretio tractare, cum Senatusconsulti aucto-

Clearcho et aliis. Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt sine decreto.

ritas retento dominio alienandi viam obstruxerit. S. XII. Kal. Decembr. ipsis AA. Conss.

L. 15. *C. eodem.* Iidem AA. *Sabinae.* Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti: dominium a te discedere non permittit Senatusconsulti auctoritas. Dat. VIII. Kal. Decembr. CC. Conss.

L. 16. *C. eodem.* Iidem AA. et CC. *Eutichiae.* Si praedium rusticum vel suburbanum, — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti: *secundum sententiam Senatusconsulti dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit.* Emtor autem si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tantummodo potest. Dat. VI. Id. Aprilis Anchialo, CC. Conss.

Daß dem Pflegbefohlnen eine doppelte Klage zustehe, eine Realklage gegen jeden Besitzer der widerrechtlich veräußerten Sache auf Restitution derselben, und eine persönliche auf Entschädigung gegen den Vormund, welcher die Veräußerung vorgenommen hat, sagt Ulpian *L.* 5. §. 15. *h. t.* ausdrücklich. Es heißt daselbst nach der richtigern Lesart:

Schaden den ungerechten Gewinn behalten sollte. Gibt er also diesen zurück, so ist der Grund der Verbindlichkeit gehoben. Die Zinsen würden eine Strafe seyn, da sie nicht zum **turpe lucrum** gerechnet werden können[31]). Leyser[32]) ist zwar der Meinung, daß heut zu Tage Zinsen gefordert werden könnten; aber ohne hinreichenden Grund[33]). Ist die Sache, welche der Beklagte empfing, nicht mehr in Natur vorhanden, z. B. der Beklagte hat Getreide erhalten, und solches consumirt; so wird auf Vergütung des Werths geklagt[34]).

Man streitet sich über den eigentlichen Grund dieser Klage. Heineccius[35]) leitet denselben aus einem Quasi-Contract her. **Obligatio illa,** sagt er, **non videtur oriri ex acceptione ob turpem vel iniustam causam, (sic enim semper ad restitutionem esset obstrictus, qui accepit) sed** ***ex datione honesta ob turpem vel iniustam causam.*** **Ideo enim, quia ego dedi honeste, turpiter accipiens obligatur ad restitutionem, adeoque praesumunt finguntque leges, eum se obligasse ad restituendum, quia nemo debet cum alte-**

31) *Iust. Henn.* Boehmeri Doct. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 24.

32) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4.

33) S. Müller Observat. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fascic. I. Obs. 335.

34) *L. ult. Cod. h. t. L.* 8. *Cod. de cond. furt. L.* 65. §. 6. *D. de condict. indeb.* S. Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 13. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1372.

35) Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 49.

rius damno sine ratione fieri locupletior. Est ergo haec Condictio *ex quasi contractu*. Cocceji[36]) hingegen setzt den Grund der Klage in einem Quasi-Delict. Oritur enim, sagt er, ex facto et causa turpi ac illicita. Allein weder die eine noch die andere Meinung ist den Gesetzen gemäß. Denn Quasi-Contracte setzen immer einen erlaubten Vorgang voraus, woraus nach Vorschrift der Gesetze eine den Contracten ähnliche Verbindlichkeit und Klage entspringt[37]). Offenbar aber liegt bey dieser Condiction auf Seiten des Beklagten eine unerlaubte Handlung zum Grunde. Quasi-Delicte hingegen sind an sich nicht blos unerlaubte, sondern auch strafbare Handlungen, welche das Unterscheidende haben, daß sie nach besondern Vorschriften des röm. Rechts aus Gründen der Billigkeit und der gemeinen Sicherheit gewissen Personen zur Strafe zugerechnet werden, welche eigentlich nach den allgemeinen Regeln der moralischen Imputation oder doch sonst nach der Analogie des strengen Rechts dafür nicht haften dürften[38]). Dieser Begriff paßt nun aber nicht auf die Handlung des Beklagten, welche zwar nach allen Regeln der moralischen Imputation denselben schändet, aber dennoch, außer der Zurückgabe des Empfangenen, in der Regel keine weitere Strafe nach sich zieht[39]),

36) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

37) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. und Hübner de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur. Cap. 3. pag. 40.

38) S. Tot. Tit. I. *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur*. IV. 5. und Weber a. a. O. §. 20.

39) Anderer Meinung ist zwar Schaumburg in Comp. iur. Dig. h. t. §. 3. welcher sagt: Turpiter accipiens merito quoque

wofern nicht dieselbe in ein wirkliches Verbrechen ausartet, z. B. in eine Concussion[40]). Da jedoch dieß nur eine Ausnahme von der Regel ist, so kann auch die Klage in keinem wahren Delict gegründet seyn, worinn Westenberg[41]) den Grund derselben setzt. Denn unerlaubte Handlungen gehen nur dann in Verbrechen über, wenn sie die Gesetze mit Strafen bedrohet haben[42]). Alles dieses hat auch schon Huber[43]) wohl erwogen, welcher daher die Klage nicht für eine **actio nativa**, sondern *dativa* hält, **quae non tam ex certo aliquo Artis principio**, *quam a Lege datur*, **ob aequitatem et corrigendam inaequalitatem, qua cavendum, ne quis cum aliena iactura sit locupletior.** Eben diese Meinung nehmen auch Böhmer[44]) und Schmidt[45]) an. Allein daß der nächste Klagegrund in einer unerlaubten Handlung des Beklagten zu setzen sey, kann wohl nicht geläugnet werden, und diese kann auch zuweilen ein wahres Delict seyn[46]). Eben so gewiß ist es aber auch, daß die natürliche Billigkeit,

E 2

poenam arbitrariam luit. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß.

40) Ein Beyspiel enthält die *L.* 3. *Cod. h. t.*

41) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 3.

42) S. Kleinschrods syst. Entwick. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 2.

43) Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

44) Doct. de action. Sect. II. cap. V. §. 23.

45) Pract. Lehrbuch von Klagen §. 1369.

46) S. *L.* 1. *D. de calumniator. L.* 5. §. 1. *D. eodem. L.* 3. *Cod. h. t.*

welche nicht erlaubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern, für den entfernten Klagegrund zu halten sey.

Soviel hiernächst **II.** die *Condictio ob iniustam causam* anbetrifft, so wird diese Klage wider denjenigen angestellt, der etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen oder ungerechten Handlung empfing, oder sich sonst aus einer nach dem Civilrecht verwerflichen Ursache eine fremde Sache angemaßt hat. Ulpian sagt *L.* 6. *D. h. t.* mit dieser Klage könne zurückgefordert werden, *quod ex iniusta causa apud aliquem sit.* Dahin gehört z. B. was aus einem erzwungenen Versprechen bezahlt worden ist. **Ex ea stipulatione,** sagt Pomponius *L.* 7. *D. eodem, quae per vim extorta esset,* **si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.** Mit dieser Klage kann auch der **malae fidei possessor** auf Vergütung der consumirten Früchte belangt werden. *L.* 3. *C. de condict. ex Lege, et sine causa vel iniusta causa* sagt: **Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus rei vindicatione,** *de consumtis vero condictione conventus,* **eorum restitutioni parere compellitur.** Es erhellet aus diesen Beyspielen, daß Voet[47]) nicht unrecht hat, wenn er sagt: *Huic condictioni non ob futuram, ut in praecedentibus, sed magis ob praeteritam causam locus est.* Der Zweck bey dieser Klage ist jedoch der nämliche, wie bey der *condictio ob turpem causam,* er geht nämlich dahin, um das, was der Andere auf eine ungerechte Art empfing, wieder zurück zu erhalten.

47) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

Lib. XII. Tit. VI.

De condictione indebiti.

§. 827.

Begriff und Fundament der Condictio indebiti.

Die *Condictio indebiti* ist diejenige persönliche Klage, welche in dem Falle, da eine Nichtschuld, als Schuld, aus einem entschuldbaren Irrthum bezahlt worden ist, gegen den Empfänger derselben, welcher die Zahlung in gutem Glauben angenommen hat, oder desselben Erben, dahin angestellet wird, um das Empfangene, so weit er dadurch reicher geworden, dem Kläger zu vergüten[48]). Ueber den Grund dieser Klage sind die Rechtsgelehrten ebenfalls verschiedener Meinung. Donellus[49]) leitet die Verbindlichkeit des Beklagten zur Restitution der empfangenen Nichtschuld aus einem wahren Contract her; er glaubt, es liege hier ein Realcontract, wie beym Darlehn, zum Grunde. Justinian lehre dieses ausdrücklich, wenn er §. 1. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* sagt: **Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per**

48) Von der condictio indebiti handeln in besondern Schriften *Iul.* Pacius. *Genevae.* 1578. *A.* Cludius. *Francof.* 1605. *Io.* Cos. *Harderovici* 1689. und Linck. *Argentor.* 1751.

49) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16.

errorem solvit, *re obligatur;* daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare oportere, *ac si mutuum accepisset.* Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle lehrt deutlich, daß Justinian hier blos darum des Empfangs einer Nichtschuld gedacht hat, weil daraus eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit entsteht, wenn eine fungible Sache aus Irrthum gegeben worden ist. Wie wenig aber Justinians Meinung gewesen sey, diesen Vorgang zu einem Realcontract zu machen, ergibt sich aus den nachfolgenden Worten, wo er sagt: *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.* Mit Recht ist daher diese Meinung von Bachov[50]) Hunnius[51]), Vinnius[52]), und Lauterbach[53]) widerlegt und verworfen worden. Die meisten nehmen eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde der Klage an[54]); und diese Meinung hat auch die deutlichsten Stellen des römischen Gesetzbuchs für sich. Justinian sagt ausdrücklich §. 6. *I. de obligat. quae quasi ex contr.*

50) Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXII. Th. IV. lit. B.

51) Resolution. variar. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 1.

52) Comm. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. nr. 4.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

54) *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XLIII. T. 8. *Ulr.* Huber Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. Westenberg Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 3. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1112. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 972. u. a. m.

nasc. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, *quasi ex contractu debere videtur.* Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu dici possit obligatus esse: nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. *Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur:* et ideo condictione tenetur. Cajus, aus dessen *libris aureorum* unstreitig diese Stelle der Institutionen excerpirt ist, erklärt sich darüber *L.* 5. §. 3. *D. de obligat. et act.* auf folgende Art: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus:* sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, *ex contractu obligatus esse.* So wenig sich nun auch gegen diese deutlichen Stellen mit Grund etwas einwenden läßt, so unläugbar ist es aber doch, daß sich eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit bey dem Empfange einer Nichtschuld nur da annehmen lasse, wo eine fungible Sache den Gegenstand der Nichtschuld ausmacht, welches jedoch nicht immer der Fall ist. Erwägt man hiernächst, daß die condictio indebiti nur insofern begründet ist, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet [55]), so ergibt sich hieraus, daß der bloße Empfang einer Nichtschuld wohl nicht als der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung angesehen werden könne, sondern dieser vielmehr in der natürlichen Billigkeit, welche nicht erlaubt, daß sich Jemand mit dem Schaden eines Andern bereichere,

55) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. h. t.*

zu setzen sey[56]). Papinian lehrt dieses auch ganz deutlich, wenn er *L.* 66. *D. h. t.* sagt: **Haec condictio** *ex bono et aequo introducta*, **quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit**, und auf diesen Grund der natürlichen Billigkeit deutet offenbar Paulus hin, wenn er *L.* 15. *pr. D. eodem* den Satz aufstellt: *Indebiti soluti condictio naturalis est.* Hieraus läßt sich nun auch erklären, warum bey dieser Klage zuweilen auch ein Anderer, als derjenige, welcher die Nichtschuld zahlte, Kläger seyn kann. Z. B. der Testamentserbe hat Vermächtnisse ausgezahlt. Nachher wird das Testament von dem Intestaterben angefochten, und für nichtig erklärt. Hier kann der Intestaterbe die ausbezahlten Vermächtnisse als eine Nichtschuld condiciren. Ulpian sagt *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* **Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur. — Nam** *Divus Hadrianus* **circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.** Und Papinian bestätigt dieses noch weiter in der *L.* 3. *D. eodem.* auf folgende Art: **Item est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat; vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumserat. Nam utiles actiones**

56) Hierin stimmen auch Boehmer in doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 26. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1359. und besonders Weber in der syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 35. S. 95. überein.

postumo, vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator *Titus Antoninus* rescripsit: scilicet, quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur; nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit. Man setze ferner, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft aus Uebereilung angetreten, und Vermächtnisse bezahlt, nachher läßt er sich gegen die geschehene Antretung in den vorigen Stand setzen; hier kann nun derjenige die Vermächtnisse zurückfordern, an welchen jetzt die Erbschaft fällt, Ulpian sagt *L.* 5. *D. h. t.* Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat: nam et cum minor viginti quinque annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

Die Erfordernisse zur Begründung dieser Klage sind also folgende.

1) Es muß Etwas gezahlt worden seyn. Der Ausdruck Zahlung wird jedoch hier in ausgedehnterem Sinn genommen, und darunter nicht nur der Fall begriffen, da etwas gegeben worden ist, die Sache sey eine fungible oder nichtfungible, sondern auch wenn ein Factnm geleistet worden[57]); ferner wenn Jemand aus Irrthum eine Verbind-

57) *L.* 26. §. 12. *L.* 40. §. 2. *D. h. t.* Daß hier von keiner Zurückforderung der Dienste die Rede seyn könne, versteht sich. Dieß ist es auch nur, was die *L.* 25. *D. de praescriptis verbis* sagen will, wenn es daselbst heißt: Quodsi per errorem operae indebitae datae sunt, IPSAE repeti non possunt.

lichkeit übernahm[58]), oder dem andern eine Verbindlichkeit erließ[59]), oder sich sonst eines Rechts begab, als ob er dazu gehalten wäre[60]).

2) Das Gezahlte muß eine Nichtschuld seyn.

3) Die Zahlung muß aus einem entschuldbaren Irrthum geschehen, und auch

4) der Empfänger selbst im Irrthum gewesen seyn[61]). Nahm er wissentlich die Nichtschuld an, so wollen ihn die

Die geleisteten Dienste müssen also zu Gelde angeschlagen, und auf deren Vergütung geklagt werden. S. *Christ. Gottl.* Gmelin Diss. de condictione facti indebite praestiti, praes. *Eberh. Christ.* Canz. def. *Tubingae* 1769.

58) *L.* 31. *D. h. t. L.* 1. *pr. D. Ut in possess. legator. L.* 3. *Cod. de Cond. indeb.*

59) *L.* 39. *D. h. t.*

60) *L.* 22. §. 1. *D. h. t.*

61) Die *L.* 65. §. 8. *D. h. t.* scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wo es heißt: Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, *si sciens hoc fecisti*, tenebris ad pretium eius; si nesciens, non tenebris, sed propter operas eius liberti, et ut hereditatem eius restituas. Dieses Gesetz unterscheidet also, ob der Manumissor gewußt hat, daß der Sklave indebite war gegeben worden, oder nicht. Im ersten Fall soll er den Werth desselben, in dem andern aber nur den Gewinn aus seinen Diensten und die Accession vergüten. Allein 1) wird hier nicht gesagt, daß gerade mit der condictio indebiti der Werth des Sklavens gefordert werden müsse; und dann 2) wenn man auch das Gesetz von dieser Klage verstehen wollte, so redet ja dasselbe von der Wissenschaft des Empfängers zur Zeit der Manumission, nicht von der Zeit, da der Sklave gegeben wurde. War damals der Empfänger in bona fide, so

Gesetze als einen Dieb behandelt wissen, und es hat nun nicht die **condictio indebiti**, sondern nur die *condictio furtiva* wider ihn Statt[62]). Endlich

5) muß der Beklagte durch das Empfangene auch bereichert seyn; denn sonst fällt die ganze Klage weg[63]); und da er als **bonae videi possessor** zu behandeln ist, so trägt er ohnehin den Zufall nicht[64]).

findet die condictio indebiti Statt, weil das Eigenthum auf den Empfänger überging. Eben so wenig steht auch die *L.* 37. *D. h. t.* entgegen, wo Julian sagt: Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, *et eo nomine condictionem mihi esse*, puto: *sive scisses meum esse, sive ignorasses.* Denn das Gesetz redet nur von der condictio überhaupt, ohne zu bestimmen, ob es condictio indebiti oder condictio furtiva sey.

62) *L.* 18. *D. de condict. furt.* *L.* 38. §. 1. *D. de solut. L.* 43. *pr.* *L.* 80. §. 5. *et* 6. *D. de furt.* *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 5. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die condictio furtiva habe nur dann Statt, wenn der Kläger nicht freywillig gezahlt, sondern durch den Dolus des Beklagten zur Bezahlung der Nichtschuld wäre verleitet worden. Allein *L.* 18. sagt unbedingt: *Furtum esse, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* Man sehe Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 6. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Boehmer Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 28. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 975.

63) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. h. t.* S. *Franc.* Duarenus Comm. ad h. Tit. Cap. 9. *Operum* pag. 916. *Io. Iac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXV. Th. 11. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 301. Boehmer Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 26.

64) Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 976.

Hat sich der Kläger bey der Zahlung die Restitution von dem Beklagten ausdrücklich auf den Fall versprechen lassen, wenn das Gezahlte als eine Nichtschuld befunden werden würde, so concurrirt die *condictio indebiti* mit der *actio praescriptis verbis*. Denn hier ist, wie Ulpian[65]) lehrt, ein wahrer Contract vorhanden.

§. 828.

Nichtschuld. Verschiedene Arten derselben.

Der Gegenstand unserer Klage ist also eine Nichtschuld (indebitum). Unter dieser Benennung wird hier alles dasjenige verstanden, was zu Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden, oder geschehen ist, welche entweder gar nicht vorhanden, oder nach den Gesetzen ungültig, oder unwirksam war[66]). Eine Nichtschuld kann also in einer doppelten Rücksicht, als solche, gedacht werden.

1) In Absicht auf die Natur und den rechtlichen Grund der Schuldverbindlichkeit. Hier kann die Nichtschuld entweder

a) eine absolute seyn, wenn weder nach natürlichen noch nach positiven Rechten eine Verbindlichkeit vorhanden war. Z. B. ich habe aus einem Rechnungsfehler, oder aus einem solchen Geschäft etwas bezahlt, welches nach keinem Recht gültig war. Man denke sich den Fall, daß ich meine eigene Sache gekauft habe, in der Meinung, sie sey eine fremde[67]). Nam emtio rei suae nullo iure

65) *L.* 2. *pr.* *D.* *h.* *t.* vergl. mit *L.* 5. §. 2. *D.* *de praescr. verb.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 2. pr. D. h. t

66) *L.* 26. *L.* 54. *L.* 65. §. 9. *D.* *h.* t. S. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6.

67) *L.* 37. *D.* *eodem.*

valet[68]). Hierher gehört auch, wenn die Schuld von einer noch ungewissen Bedingung oder Zeitbestimmung abhing, und sie ist vor dem Eintritt derselben bezahlt worden. Wenn also Etwas vor der Zeit bezahlt worden, da man zu bezahlen schuldig gewesen wäre, so sind zwey Fälle zu unterscheiden.

aa) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, deren Eintritt überhaupt ungewiß war. Hier kann vor dem Eintritt derselben das aus Irrthum Bezahlte zurückgefordert werden. Denn da vor dem Eintritt einer solchen Bedingung oder Zeit noch gar keine Verbindlichkeit vorhanden war, so ist hier eine absolute Nichtschuld bezahlt worden. In dieser Hinsicht sagt daher Pomponius *L.* 16. *D. h. t.* **Sub condictione debitum, per errorem solutum,** *pendente quidem condítione repetitur,* **conditione autem existente repeti non potest. Quod autem** *sub incerto die* **debetur, die existente non repetitur**[69]).

68) *L.* 45. *pr. D. de div. reg. iuris.*

69) Cujacius Observation. Lib. XIII. cap. 20. will *die non existente* (i. e. donec nondum existit dies) *non repetitur* lesen, und diese Stelle von einem solchen die incerto erklären, quem venturum esse certum est; z. B. *cum moriar.* Dieß erfordere, wie er glaubt, der Zusammenhang mit *L.* 17. *D. h. t.* und daß es beym dies anders seyn sollte, als bey der condictio, deute die Partikel *autem* an, wodurch eine Verschiedenheit der Fälle angezeigt werde. Allein *Iacob.* Constantinaeus Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 27. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 534.) verwirft diese Erklärung mit Recht. Eben so wenig verdient aber auch die Kritik des Pothier in Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. d. Beyfall, welcher *non*

bb) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, von welcher gewiß ist, daß sie einmal eintreten werde. Hier kann das aus Irrthum vor der Zeit Bezahlte nicht zurückgefordert werden, weil hier die Verbindlichkeit an sich schon völlig begründet, mithin ein debitum vorhanden war, obgleich solches noch nicht hätte eingeklagt werden können[70]. Hierher gehören folgende Gesetzstellen:

L. 10. *D. h. t.* In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

L. 17. *D. eodem.* Nam si, *cum moriar*, dare promisero, et antea solvam: repetere me non posse, *Celsus* ait. Quae sententia vera est.

L. 18. *D. eodem.* Quod si ea conditione debetur, *quae omnino exstitura est*, solutum repeti non potest: licet sub alia conditione, *quae*, *an impleatur*, *incertum est*, si ante solvatur, repeti possit.

existente die repeditur lesen will. Denn die Erklärung *non existente die*, für donec nondum existit dies, weicht ganz von dem gesetzlichen Sprachgebrauch ab. Es widerstreiten auch die *Basilica* Lib. XXIV. Tit. 6. const. 16. bey Fabrot Tom. III. pag. 547. wo die Worte so lauten: καὶ τό ὑπό ἄδηλον ἡμέραν οὐκ αναλαμβάνεται μετά το ἐπιςῆναι ἀυτήν. i. e. *Etiam quod sub incerto die debetur*, *die existente non repetitur.* Mit den Basiliken stimmt auch Haloander überein, welcher statt *autem* vielmehr *etiam* lieset. Es verdienen übrigens noch folgende Stellen verglichen zu werden. *L.* 48. *L.* 56. *et L.* 60. §. 1. *D. h. t.* Man sehe auch Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

70) §. 2. *I. de Verbor. obligat.* *L.* 10. *D. h. t.* *L.* 9. §. 1. *D. de novation.*

War Jemand nur alternativ, entweder diese oder eine andere Sache zu geben, verbunden, er hat aber aus Irrthum beyde gegeben; so ist auch dieß für eine absolute Nichtschuld zu halten, und es kann daher eine von beyden zurückgefordert werden. Wem aber in diesem Falle die Wahl zustehe, war unter den ältern Rechtsgelehrten streitig[71]). Marcellus und Celsus glaubten, sie gebühre dem Beklagten, als welcher nun durch den Empfang der Nichtschuld für den Schuldner zu halten sey[72]), und dieser Meinung stimmte auch Ulpian[73]) bey. Allein das Gegentheil nahmen Julian und Papinian an, und deren Meinung bestätigte Justinian durch die *L.* 9. *Cod. h. t.* welche folgendermaßen lautet: **Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et cum licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cuius rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniae: et utrum stipulator, an promissor habeat huius rei facultatem? Et *Ulpianus* quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit et tam *Marcellum* quam *Celsum* sibi consonantes refert. *Papinianus* autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui, et antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit praestare; et huius sententiae sublimissimum testem ad-**

71) S. *Gottfr.* Mascovii Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 8.

72) §. 33. *I. de act. L.* 106. *D. de Verb. obligat.*

73) *L.* 26. §. 13. *in fin. D. h. t.*

ducit *Salvium Iulianum*, summae auctoritatis hominem, et praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus, *Iuliani* et *Papiniani* sententia placet, *et ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.* Nach dieser Verordnung behält also der Kläger die Wahl, die ihm vorher zustand, und dieses um so mehr, weil der Kläger, wenn man auch annehmen wollte, er habe, da er jetzt als Gläubiger auftritt, durch die geschehene Zahlung sein Wahlrecht verloren, welches ihm vorher als Schuldner zustand, dennoch auch dieses Recht ohne Zweifel condiciren könnte, da solches indebite durch die Zahlung auf den Gläubiger war übertragen worden, wie auch Voet[74]) ganz richtig bemerkt hat. Dann aber würde freylich Justinians Verordnung keine Anwendung finden, wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit gleich Anfangs im Vertrage oder Testament wäre festgesetzt worden, daß dem Gläubiger die Wahl zustehen solle[75]), in welchem Falle er denn ohne Zweifel zurückgeben könnte, welche von beyden er will. Sollte jedoch eine von beyden Sachen durch Zufall zu Grunde gehen, so fällt alle Zurückforderung weg, und der Empfänger behält diejenige mit Recht zurück, welche noch vorhanden ist, wie ebenfalls Julian lehrt, wenn er *L.* 32. *pr. D. h. t.* sagt: Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, uterque aut alter ex his, desiit in rerum natura esse, nihil repetet; id enim remanebit in soluto, quod superest. Die Nichtschuld kann

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

75) Arg. *L.* 10. §. *ult. D. de iure dot.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 304.

nicht anzuwenden sey, stehen zwar die Basiliken[58]) entgegen, in welchen es heißt:

Εἴτε ἀνήβου, εἴτε ἀφήλικος, ἢ κουρατωρευομένου, ἢ αἰτήσαντος ἤδη συγγνώμην ἡλικίας, πρᾶγμα ἐξεποιήθη. i. e. *Sive pupilli, sive minoris, vel adhuc sub curatore constituti, vel eius, qui iam veniam aetatis impetravit, res alienata sit.*

Allein die Worte *εἴτε ἀνήβου*, sind eine Interpolation, wovon die *L.* 3. C. nichts enthält, und welche vielleicht denselben Irrthum zum Grunde hat, in den auch der große Cujaz verfiel, daß nämlich das longum tempus, oder, wie es eigentlich in der vorhergehenden L. 2. heißt, *statuti temporis excursus*, das tempus *quinque continuorum annorum* selbst, und also kein Unterschied sey, ob die Veräußerung während der Pubertät oder Impubertät des Pflegbefohlnen geschehen sey. Die Basiliken verdienen daher bey den ihnen entgegenstehenden Gründen hier keine Berücksichtigung. Viele[59]) sind indessen anderer Meinung, und stellen den Satz auf, die fünfjährige Präscription habe auch alsdann Statt, wenn Vormünder im Namen ihrer unmündigen Pflegbefohlnen Grundstücke derselben veräußert haben, ohne Beobachtung der gesetzlichen Form. Es widerlegt sich aber diese Meinung schon

58) Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 66. pag. 639.

59) *Jo. a* Sande de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 88. Struv Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. *Aemil. Lud.* Hombergk *zu* Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. *Marb.* 1745. Cap. II. §. 23. und von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 6. a. E. S. 162. Allein man sehe dagegen von Bülow angef. Abhandlungen. 1. Th. S. 256 — 258.

dadurch von selbst, daß das Gesetz von solchen Veräußerungen und Verpfändungen spricht, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat.

2) Die zur Vindication veräußerter Güter von Minderjährigen in unserm Gesetz verordnete fünfjährige Verjährung findet nur dann Anwendung, wenn die Veräußerung blos wegen Mangels der obrigkeitlichen Genehmigung ungülig ist. Das Gesetz sagt ausdrücklich: **Si quando** ***sine decreto*** **minorum — res alienantur vel supponuntur;** und nur *occasione praetermissionis decreti* soll nach Ablauf des quinquennii die Veräußerung nicht mehr angefochten werden können, sondern eine solche Gültigkeit erlangen, **quasi ab initio** *legitimo decreto* **fuisset res alienata vel supposita.** Die fünfjährige Verjährung findet daher keine Anwendung a) wenn ein Minderjähriger, während er noch unter der Vormundschaft stand, ohne Zustimmung und Beyrath seines Curators, eine Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen hat, weil hier, auch von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung ganz abgesehen, schon der Mangel der vormundschaftlichen Zustimmung die Gültigkeit hindert. Es ist also bey Anwendung unsers Gesetzes vorauszusetzen, daß der Minderjährige mit Zustimmung seines Curators gehandelt, oder **veniam aetatis** erhalten hatte, so daß es nur allein noch an der obrigkeitlichen Genehmigung fehlte, um der Veräußerung Gültigkeit zu verschaffen [60]). b) Wenn

60) *L.* 3. *C. de in int. rest. minor.* (II. 22.) Dieser Meinung war auch Accursius ad L. ult. C. Si maior. ad verb. *Minorum*, und schon vor ihm Cinus, *Jac. de* Arena und Salicetus. Unter den neuern *Dav.* Mevius Decision. Tom. II. P. VIII. Decis. 372. *Car. Christ.* Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672.

zwar ein Veräußerungsdecret ertheilt worden, aber bewiesen werden kann, daß solches durch Angabe falscher Ursachen, oder durch Verschweigung nöthiger Thatumstände erschlichen worden sey [61]). Diesen Vorbehalt des Beweises enthält schon selbst das gesetzliche Veräußerungsverbot des Kaisers Severus, in welchem es heißt: manente pupillo actione, *si postea potuerit probari*, *obreptum esse Praetori* [62]); und eben dieses bestätigen die Kaiser Valerianus und Gallienus in einem Rescript an den Severus [63]) folgenden Inhalts:

Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, *si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit*, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis.

Da nun für diesen Fall vorzüglich eine actio in rem auf Zurückgabe des Veräußerten gegeben wird [64]); so

not. d. Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 166. S. 238. Adolph Diet. Weber Erläuterungen der Pandect. 2. Th. h. t. §. 1389. und Unterholzner in der ausführl. Entwickl. der gesammten Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43. f. Anderer Meinung sind jedoch *Octav.* Simoncellus de decretis. Lib. III. Tit. 8. Insp. II. Cas. II. nr. 25. pag. 619. sq. und *Jud. Thad.* Zauner Introd. in ius Digest. P. I. Lib. II. Tit. 21. §. 5.

61) S. von Berg angef. Abhandlung §. 8. u. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 1. Th. S. 165. ff.

62) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

63) *L.* 5. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

64) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.*

wird dieselbe nur erst durch die in diesem Falle auch bey Gütern der Minderjährigen eintretende Verjährung von dreyßig Jahren erlöschen.

3) Ob das Gesetz auch bey Veräußerungen Statt finde, welche von dem Curator allein, ohne Zuziehung des minderjährigen Pflegbefohlnen, vorgenommen worden sind, ist streitig. Bleibt man blos bey den Worten stehen, so müßte die Frage verneinend beantwortet werden. Denn das Gesetz spricht blos von Veräußerungen, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat. Aus diesem Grunde läugnen auch wirklich einige[65]) die Anwendung des Gesetzes auf jenen Fall. Allein warum sollte nicht eine vom Curator im Namen des Minderjährigen vorgenommene Veräußerung füglich eine von dem Minderjährigen vorgenommene genannt werden können? Der Eingang des Gesetzes beschränkt wenigstens den Fall, welcher der gesetzlichen Bestimmung zum Grunde liegt, keinesweges auf die selbsteigenen Veräußerungen der Minderjährigen, sondern spricht ganz allgemein:

Si quando sine decreto minorum, — res alienantur, vel supponuntur.

Heut zu Tage hat dieß um so weniger Bedenken, da die Vormünder gewöhnlich alles allein thun, bis die Pflegbefohlnen die Großjährigkeit erreicht haben. Daher lassen Andere[66]) die fünfjährige Präscription auch

65) *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 482. und Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 55. a. E. S. 150.

66) Struv Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. *J. H.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 28. pag. 295. in fin. et sq. und Unterholzner Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43.

hier eintreten. Die mehresten[67]) schlagen jedoch einen Mittelweg ein, und meinen, es müsse der Minderjährige wenigstens von der Veräußerung unterrichtet gewesen seyn, weil das Gesetz von einem fünfjährigen Stillschweigen spricht, welches eine genaue Wissenschaft von allen Umständen der Veräußerung voraussetze. Allein dann würde ja das Quinquennium nicht von dem Moment der erlangten Volljährigkeit, sondern erst von Zeit der erlangten Kenntniß aller Umstände der Veräußerung zu laufen anfangen. Dieß behaupten auch wirklich diejenigen, welche diesen Mittelweg einschlagen. Sie wollen die fünfjährige Präscription nach den Grundsätzen der Genehmigung beurtheilt wissen. **Ignorans autem ratihabere non intelligitur.** Es kommt also nun noch

4) auf die Frage an, von welcher Zeit die fünf-

67) *Ant.* Faber Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. Si maior. factus Def. 2. pag. 577. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIII. nr. 571. *Octav.* Simoncellus Tract. de decretis. Lib. III. Tit. IX. nr. 37. sq. pag. 625. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. ult. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. Müller ad *Struvium* Exerc. XXXI. Th. 86. not. γ. *Huld. ab* Eyben Diss. de decreto alienandi. Th. 39. et 40. (*Scriptor.* pag. 378.) *Aemil. Lud.* Hombergk *zu* Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Marburgi* 1745.) Cap. II. §. 24. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. ult. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672. in fin. Ge. Lud. Böhmer auserles. Rechtsfälle. 2. Band. 2. Abth. Nr. 167. Qu. 2. nr. 20. S. 649. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. a. E. und Carl Jul. Meno Valett ausführliches Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Band. §. 908. S. 166.

jährige Präscription zu laufen anfange? Das Gesetz sagt:

Praecipimus, si *per quinque continuos annos, post impletam minorem aetatem*, id est, *post viginti quinque annos connumerandos*, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.

Es kann wohl nichts so klar vor Augen liegen, als hier die gesetzliche Bestimmung, daß die zur Anfechtung der ungültig geschehenen Veräußerung festgesetzten fünf Jahre gleich vom Augenblick der eingetretenen Volljährigkeit an gerechnet werden sollen. Um keinen Zweifel übrig zu lassen, erklärt sogar der Gesetzgeber näher, was sich schon von selbst verstanden hätte, wenn diese Volljährigkeit eintrete, nämlich gleich nach dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre. Von einer auf Seiten des großjähriggewordenen Minderjährigen vorauszusetzenden und nothwendig erforderlichen Kenntniß der wahren Umstände der vorgenommenen Veräußerung, von welcher der Anfang der Berechnung jener fünf Jahre abhängen solle, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede. Daß auch darauf keine weitere Rücksicht genommen werden solle, hat der Gesetzgeber durch die Worte: *per quinque* CONTINUOS *annos* deutlich genug ausgesprochen. Denn ein tempus continuum ist ja eine solche Zeit, welche unaufhaltsam vom ersten bis zum letzten Tage fortläuft, und daher nicht nur mit dem ersten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe ihren Lauf beginnt, sondern auch von da

an unausgesetzt in einer steten Bewegung zum vorgesteckten Ziele hinfließt, so daß keine factische Hindernisse, und also auch niemals Unkunde der Thatsache, wodurch die Klage begründet wird, auf einen solchen Zeitraum irgend einen Einfluß haben können[68]). Ein solches **tempus continuum** findet nun besonders bey der Verjährung Statt[69]), von welcher Justinian *L. ult. in fin. C. de praescript. longi temp. X. vel XX. annor.* (**VII. 33.**) ausdrücklich sagt: **nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio**, und von deren Ablauf sagen die Gesetze *actiones silentio traditas* esse[70]), gerade so, wie es in unserer *L.* **3.** heißt, ferner **actiones** ***triginta annorum iugi silentio***, **ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem**[71]). Der Ausdruck **silentium** ist also bey Verjährungen so gewöhnlich, daß sich daraus schlechterdings keine stillschweigende Ratihabition folgern läßt. Der unsterblich verdiente Just. Henn. Böhmer hatte schon dieselbe Ansicht, und hat solche auch mehrmals in seinen practischen Arbeiten zur Anwendung gebracht. Er sagt nämlich in seinen rechtlichen Gutachten und Erkenntnissen[72]), „das **quinquennium** fängt schlechterdings **post viginti quinque annos,**

68) *L.* 8. *D. de his, qui notant. infam.* wo Ulpian sagt: tempus continuum merito et ignoranti cedit. S. den 3. Th. des Commentars §. 269. a. S. 554. f.

69) S. Haubold Exerc. iur. civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. III. in *Opusc.* Vol. I. pag. 410.

70) *L.* 1. *C. de ann. except.* (VII. 40.)

71) *L.* 3. *C. de praescr. XXX vel XL. annorum.* (VII. 39.)

72) Consultation. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 27. pag. 295.

und nicht a tempore scientiae an, wie aus der *L. fin. C. Si maior. factus alienat.* mit mehreren erhellet, zumal weil das, was einige Interpretes dabey von der praesumta ratihabitione, et quod haec scientiam praesupponat, anführen, ganz ohne Grund ist, da nach dem angeführten Gesetz das quinquennium sonst a tempore scientiae anfangen müssen, welches aber dem gedachten Text schnurstracks zuwider, und ein Anders praescriptio, ein Anders approbatio tacita ist, quod haec, non illa, scientiam desideret, widrigenfalls diese exceptio fast durchgehends unbrauchbar seyn würde." An einem andern Orte [73]) sagt er: „Wenn sofort ex qualicunque ignorantia contra hunc lapsum quinquennii die restitutio in integrum gelten sollte, so würde die dispositio *L. ult. cit.* mere elusoria werden, welche doch mit gutem Bedacht deswegen eingeführt worden, ne temere alienata revocentur." Eben so heißt es an einem dritten Orte [74]): „Endlich ein bloßes figmentum ist, was von der tacita ratihabitione ex lapsu quinquennii angeführt zu werden pflegt, da vielmehr allhier eine wahre Präscription, welche auch, partibus invitis, in poenam negligentiae Statt findet, vorhanden, und nach dessen Natur hiervon geurtheilt werden muß." Ohne Zweifel hat Justinian den großjährig gewordenen Minderjährigen, wie von Leyser [75]), welcher diese Ansicht theilt, ganz richtig bemerkt hat, jenen Zeitraum von fünf Jahren darum gegeben, um binnen

73) Ibid. Resp. DCXVII. Qu. I. nr. 15. pag. 912.

74) Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decis. CCCCXCII. nr. 14. pag. 30.

75) Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. medit. 3. et 4. pag. 559.

demselben die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, und sich von den wahren Umständen der Veräußerung Kenntniß zu verschaffen [76]). Versäumt der Großjährigegewordene diese Zeit, so ist dieses nicht sowohl als eine stillschweigende Ratihabition anzusehen, sondern es soll nun kein Streit mehr über die Vernachläßigung der gesetzlichen Form Statt finden. Die Veräußerung soll nun für eben so gültig gehalten werden, als wäre sie gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Feyerlichkeit geschehen. Klagt also nach Ablauf der gesetzlichen Zeit der Großjährigegewordene, so wäre es lächerlich, ihm die Einrede der stillschweigenden Ratihabition entgegenzusetzen, denn durch Anstellung der Klage hat er ja schon das Gegentheil erklärt. Nein, die **exceptio praescriptionis** wird ihm entgegengesetzt, und zwar mit Recht, denn er hat es seiner Nachläßigkeit zuzuschreiben, wenn nun das gesetzliche Präjudiz eintritt, **cum contra desides homines, et sui iuris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt** [77]). Wollte man nach Ablauf der gesetzlichen Frist dem Vorwand der Unwissenheit so leicht Gehör geben, zu wievielen Mißbräuchen würde diese Einschränkung nicht Anlaß geben? Dieß ist es, worüber auch Leyser klagt, wenn er a. a. O. sagt. **Ista vero limitatione quantopere abutantur litigatores, dici non potest. Veniunt nempe, qui iam ante quinque, decem, viginti, triginta, quadraginta annos maiores facti sunt, res in pupillari aetate venditas vindicant, et, quum praescriptio quinquennii obiicitur,** ***se nunc demum negotii gesti notitiam***

76) *L.* 1. *D. de usurpat. et usucap.* — cum sufficeret dominis *ad inquirendas res suas* statuti temporis spatium.

77) *L.* 3. *in fin. C. de ann. except.* (VII. 40.)

accepisse, respondent, ac, si dubitetur, iusiurandum offerunt. Ita vero *Legem ultimam Cod. Si maior alienationem* semper eludunt, inutilemque efficiunt. Quod ne fiat, melius est, hanc limitationem penitus amputari. Die einzige Ausnahme würde Statt finden, wenn der erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist aufgetretene Kläger beweisen könnte, daß er sich alle Mühe gegeben, die erforderliche Kenntniß zu erlangen, aber ohne sein Verschulden früher, als bis jetzt, seinen Zweck nicht habe erreichen können, welche Ausnahme auch Leyser a. a. O. zuläßt. In diesem Falle würde denn auch eine außerordentliche Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht mehr als billig seyn [78]). Dem Böhmer und Leyser ist auch Herr von Berg [79]) beygetreten. Es entsteht ferner

5) die Frage, ob der großjähriggewordene Pflegbefohlne binnen der gesetzlichen Frist von fünf Jahren nothwendig Klage erheben müsse, um sein Zurückforderungsrecht gegen die nachtheiligen Folgen der Verjährung zu schützen, oder ob nicht jede auch außergerichtliche Erklärung dazu hinreiche? Auch diese Frage ist streitig. Viele [80])

78) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Band. §. 137. S. 494.

79) S. Desselben angef. Abhandlung. §. 7. in den jurist. Beobachtgg. und Rechtsfällen. 1. Bd. S. 163. f. Man vergl. auch Dabelow's Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 579.

80) Azo und Bartolus ad L. ult. C. Si maior factus. Ferner *Franc.* Raguellus Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. cit. pag. 389. in fin. *Jo. a* Sande Tr. de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 92. *Jo. Jac.* Wissenbach Comm.

behaupten das Letztere. Allein die in dem Gesetz gebrauchten Ausdrücke: *conquestus est*, so wie früher: *longo silentio querelam huiusmodi tradiderint*, deuten wohl ohne Zweifel auf eine gerichtliche Klage hin. Die Vindication trifft hier mit der Nichtigkeitsklage zusammen, für welche die Benennung **querela** technisch ist. Denn die jetzt so genannte *querela nullitatis* ist nichts anders, als eine so genannte qualificirte Vindicationsklage[81]). Die Gesetze[82]) gedenken auch nur der Klage, und es ist wohl nichts natürlicher, als daß, wenn die Klagbarkeit eines Rechts, als reine Folge der Unterlassung, durch Verjährung verloren gehen soll, dieser Verlust nur durch die gerichtliche Verfolgung desselben abgewendet werden kann[83]). Hierzu kommt, daß eine außergerichtliche Denunciation oder Protestation (**denunciatio contrariae voluntatis**) in der Regel nur in außerordentlichen Fällen zugelassen ist, wo derjenige, der durch die Verjährung bedroht wird, besonderer Gründe wegen, welche die Belangung des Gegners unthunlich machen, außer Stand ist, die nachtheiligen Wirkungen der Verjährung durch die Anhängigmachung eines Rechtsstreits abzuwenden[84]). Die

in Cod. ad L. 1. et 3. C. Si maior. factus. p. 503. und *Octav.* SIMONCELLUS Tr. de decretis Lib. III. Tit. IX. Cas. 2. nr. 49. et 50. p. 631.

81) *L.* 4. *L.* 14. *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. minor.* S. Martin's Rechtsgutachten. 1. Bd. Nr. IV. §. 5. S. 252.

82) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.*

83) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 126. S. 448.

84) *L.* 2. *C. de annali except.* (VII. 40.) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 129. S. 453. ff.

Ansicht derer, welche eine außergerichtliche Erklärung oder Denunciation zur Unterbrechung der fünfjährigen Verjährung nicht für hinreichend halten, ist daher unstreitig gegründeter [85]).

6) Da die Gesetze dem großjähriggewordenen Pflegbefohlnen nur eine Klage geben, wenn er oder seine Erben die während seiner Minderjährigkeit nichtig veräußerten Sachen vindiciren wollen, welche nur allein die Verjährung zu unterbrechen vermag; so entsteht die Frage, ob mit dem Ablauf von fünf Jahren blos die Klage erloschen sey, oder ob auch die Zulässigkeit, die Veräußerung **per modum exceptionis** zu bestreiten, aufhöre? Weber [86]) hält auch diese Frage für streitig. Ich glaube aber, die Entscheidung derselben liege schon in dem Gesetz selbst. Das Gesetz verordnet nämlich, wenn der Minderjährige eine Veräußerung, die während seiner Minderjährigkeit ohne Beobachtung der gesetzlichen Form geschehen ist, nach erlangter Großjährigkeit nicht binnen fünf Jahren angefochten hat, so soll sie nachher aus jenem Grunde nicht weiter bestritten werden können, sondern nun dadurch eine solche Gültigkeit erhalten, als wenn die Veräußerung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden. Unterholzner [87]) nennt dieß ganz richtig Bestärkung eines Rechtsgeschäfts durch Verjährung. Wie kann also nun noch eine

85) Man vergl. vorzüglich von Bülow angeführte Beyträge zu der Lehre von Veräuß. der Güter pflegbefohlner Personen; §. 5. in den Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 260—262.

86) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. §. 1389. S. 208.

87) Verjährungslehre 2. Band §. 162. f. S. 41. f.

Bestreitung derselben **per modum exceptionis** zulässig seyn? Wie kann von einer Einrede noch die Frage seyn, wenn, wie hier, das Recht, worauf die Einrede sich stützt, durch Verjährung geradezu aufgehoben wird? Daher kann auch namentlich auf ein durch Verjährung verloren gegangenes Eigenthum keine Einrede mehr gegründet werden [88]).

7) Ganz abgesondert von dem Falle, wo das **Quinquennium** entscheidet, ist der, wenn die Veräußerung in einer bloßen Schenkung besteht. Eine solche ist, wenn nicht von einer **donatio propter nuptias** die Rede ist, schon an sich ungültig, auch ganz abgesehen von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung, weil die Obrigkeit eine solche Veräußerung nicht genehmigen darf. Hier ist daher dem Minderjährigen, nach erreichter Großjährigkeit, eine längere Zeit zur Zurückforderung der verschenkten Sachen gesetzt. Die Schenkung soll anders nicht ihre Gültigkeit erhalten, als wenn von dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre an, zehen Jahre unter Gegenwärtigen und zwanzig Jahre unter Abwesenden verflossen sind, ohne daß der Donator sie zurückgefordert hat. Es ist merkwürdig, daß der Gesetzgeber den Gegenstand hier näher bezeichnet, als in jenem Falle einer fünfjährigen Präscription. Die Schenkung muß eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben. Bey jener Präscription hingegen kommt es nicht darauf an, ob die ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußerte Sache eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, insofern bewegliche Sachen der Minderjährigen nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert werden können. Sollte denn aber das Gesetz, wo

88) *L.* 57. *D. Mandati.* S. Unterholzner's Verjährungslehre. 2. Band. §. 158. S. 25. Not. 543.

es von der Zurückforderung der Schenkungen spricht, wirklich so, wie die Worte besagen, bloß auf Grundstücke zu beschränken, oder nicht auch zugleich auf verschenkte bewegliche Sachen anzuwenden seyn? Für das Erste sprechen zwar folgende Gründe. 1) Die zehen- und zwanzigjährige Verjährung findet nur bey unbeweglichen Sachen Statt. 2) Es ist hier zugleich von Minderjährigen die Rede, welche **veniam aetatis** erhalten haben. Diese sind aber nur in Ansehung der unbeweglichen Sachen an die obrigkeitliche Genehmigung bey Veräußerungen gebunden, während ihnen über bewegliche Sachen ein unbeschränktes Verfügungsrecht zusteht [89]). Es konnte daher bey solchen Minderjährigen schon deswegen von einer Zurückforderung verschenkter beweglicher Sachen keine Rede seyn. Wollte man indessen streng bey den Worten stehen bleiben, so würde diese beschränkende Auslegung zu dem Widerspruche führen, daß die Zurückforderung beweglicher Sachen mehr, wie die der unbeweglichen, begünstigt sey. Um also diesem Widerspruche auszuweichen, muß man annehmen, daß wo es zur Veräußerung von beweglichen Sachen eines Decrets bedurft hätte, der Mangel desselben nach erreichter Großjährigkeit des Veräußerers durch ein Stillschweigen von zehn und zwanzig Jahren, gleichwie bey den unbeweglichen Sachen, ergänzt werde, so daß also in Ansehung derselben die Minderjährigen, welche unter der Curatel stehen, denen welche **veniam aetatis** erhalten haben, rücksichtlich der

89) *L.* 3. *C. de his, qui veniam aetatis impetrar.* (II. 45.) Dieses Gesetz ist nur wenige Tage vor der *L.* 3. *C. Si maior. factus* gegeben worden, nämlich *VIII. Id. April.* Decio Cons. 529 Die *L.* 3. *Si maior. fact.* aber **Idib. April.** Es kann also nicht auffallend seyn, daß Justinian in jener Constitution die letztere nicht erwähnt hat.

Veräußerung gleichgestellt sind [90]). Die Basiliken [91]) sprechen zwar hier blos von einem Minderjährigen, welcher nach erhaltener **venia aetatis** verschenkt hat. Allein die Worte unserer *L*. **3**. **Si minor** ***vel post veniam aetatis*** beziehen sich unstreitig auch auf einen minderjährigen Curanden. Man nimmt jedoch bey dieser Präscription an, daß der Besitzer in gutem Glauben seyn müsse, d. h. nicht gewußt haben müsse, daß es eines Minderjährigen Sache war [92]), wenn er sich gegen die Ansprüche des vindicirenden Klägers mit der Präscription vertheidigen will. Justinian scheint auch hier wirklich auf frühere Verordnungen Rücksicht genommen zu haben. Denn so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an den Alexander.

L*. 4. *C*. *Si quis ignorans*. (V. 73.) Quoniam adversus emtorem, ad quem ex persona eius, cui contra Senatusconsultum donata res est, iusto titulo interveniente, ea res, de qua lis est, transitum fecit [93]): requirere oportebit, *an praesente priore

90) S. von Bülow angef. Beyträge in den Abhandlungen 1. Th. S. 263.

91) *Tom. I. Lib. X. Tit.* 4. *Const. ult. pag.* 640. ἐὰν ὁ ἐλάττων συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας ἤδη, δωρήσηταί τινι: i. e. *si minor*, *venia aetatis impetrata*, *donaverit alicui*.

92) *Jacob.* Cujacius in Paratitl. et Recitat. solemn. in Tit. 73. Lib. V. Cod. *Si quis ignorans*. *Pet.* Müller ad *Struvium*. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. not. δ. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 762. S. 636. der 3. Ausgabe.

93) Jeder Leser wird bemerken, daß hier etwas fehlt. Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. not. d.

domino, *et maiore effecto*, *sine controversia bona fide decennio*, *vel absente viginti annis*, *qui quaestionem patitur*, *possessor fuisse monstretur*. Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit, sine ulla cunctatione, *habita longi temporis praescriptione*, petitorem oportebit excludi. Dat. VI. Id. Jun. Dorostoli. *CC. Cons.*

8) Insofern der Vater über seine minderjährigen Kinder, welche seiner väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind, die gesetzliche Vormundschaft führt, müssen die in solcher Eigenschaft von ihm vorgenommene Handlungen auch ganz nach dem Vormundschaftsrechte beurtheilt werden. Da nun die Gesetze dem Vater bey Veräußerungen der Güter seiner minderjährigen Kinder der Nothwendigkeit unterwerfen, ein obrigkeitliches Decret einzuholen[94]); so muß auch den Kindern, im Fall einer ohne obrigkeitliche Genehmigung eigenmächtig vom Vater vorgenommenen Veräußerung, das allen Großjähriggewordenen zuständige Vindicationsrecht gestattet werden, und es kann daher die Anwendung der *L.* 3. *C. Si maior. factus* auf diesen Fall keinem Zweifel unterworfen seyn[95]).

pag. 165. supplirt nach den Worten: Quoniam adversus emtorem die Worte *actio petitur;* oder vielleicht besser actio movetur.

94) *L.* 7. §. 2. *D. h. t. L.* 3. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

95) S. von Bülow Abh. In welcher Beziehung steht die *L.* 3. *C. Si maior factus* zu der vom Vater vorgenommenen Veräußerung der Güter seiner Kinder? in Desselben Abhandlungen aus dem röm. Rechte. 1. Th. S. 264 —270.

III. Eine ohne richterliches Decret geschehene Veräußerung soll ferner dadurch gültig werden, wenn das Veräußerungsgeschäft vom Landesherrn bestätigt worden ist[96]). Man sagt, ein solches Decret ergänze den Mangel aller gesetzlichen Feyerlichkeiten[97]). Nun hat zwar Kr. Aurelian[98]) allerdings rescribirt, die landesfürstliche Genehmigung gelte soviel, als das richterliche Decret, und es hat daher auch keinen Zweifel, daß es den Mangel desselben ergänze. Allein deswegen läßt sich doch nicht behaupten, daß alles vollkommen gültig sey, was der Regent nach der ihm gemachten Vorstellung gebilligt hat. Denn diese kann ja blos einseitig und unwahr seyn. Daß auch wirklich die Regenten auf solche Anträge häufig genug Verfügungen erlassen, beweisen die Gesetze selbst, welche verordnen, daß jedes Rescript nur unter der stillschweigenden Clausel: *si preces veritate nitantur*, gelten solle[99]), ja die exceptio sub- et obreptionis gegen landesherrliche Rescripte gestatten[100]). Soll also das landesherrliche Decret den Mangel der richterlichen Genehmigung ergänzen, so wird vorausgesetzt, daß dem Landesherrn die wahren Umstände der Sache, insonderheit die Veräußerungs-Ursachen müssen angegeben, und also das Decret eben so, wie das richterliche, nach vorhergegangener Untersuchung derselben müsse

96) *Paul.* Montanus Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 574. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 164. *Aem. Lud.* Hombergk *zu* Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienation. Cap. II. §. 25.

97) *L.* 19. *C. de Testament.* (VI. 23.)

98) *L.* 2. *C. Quando decreto opus non est.* (V. 72.)

99) *Cap.* 2. *X. de Rescript.*

100) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 80.

erlassen worden seyn[1]). Nach der heutigen Verfassung wird ohnehin der Landesherr nicht leicht selbst verfügen, sondern den Supplikanten, wie billig, an den ordentlichen Richter verweisen[2]).

IV. Wenn der Minderjährige, welcher die Mündigkeit bereits erreicht hatte, die Veräußerung mit einem körperlichen Eide bekräftiget hat[3]).

V. Wenn der Minderjährige den beerbt, welcher das Veräußerte zurückgeben müßte[4]).

VI. Wenn der Mündel den Vormund, oder dieser jenen beerbt. Jedoch convalescirt hier die Veräußerung nur nach Maasgabe der Größe des Erbtheils des Erben[5]). Endlich

1) S. Wernher c. l. und Hombergk zu Vach cit. Diss. Vergl. auch Martin's Rechtsgutachten. 1. Band. Nr. IV. §. 13. S. 265. f.

2) S. Claproth's Rechtswissensch. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 164. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. B. §. 115. d. der 4. Ausgabe.

3) *L.* 1. *Cod. Si advers. vendit.* (II. 28.) und *Authent.* Sacramenta puberum *C. eod. tit.* S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 341. S. 553. ff. und von Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV. S. 162 — 171.

4) *L.* 14. *C. de Rei vindicat.* (III. 32.) S. Claproth's angef. Rechtswissenschaft §. 160. Nr. 5. Hufeland Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. Anmerk. 1. und Webers Erläuterungen der Pandect. 2. Th. §. 1389. Nr. 4.

5) *L.* 14. *C. de Rei vind.* (III. 32.) *L.* 3. *C. de rebus alien. non alienand.* (IV. 51.) *L.* 14. *C. de Evictionib.* (VIII. 45.) S. Voet Comm. ad Pand h. t. §. 14.

VII. wenn der Mündel vom Vormunde vollkommen entschädiget worden ist [6]).

Hufeland Lehrb. a. a. O. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Bd. §. 526. von Wening=Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. S. 99. (der dritten Aufl.) Valett ausf. Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 908.

6) *L.* 10. *D. h. t.* Ulpian. *Libro VI. Opinionum.* Illicite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis praedio venumdato, si eo nomine apud iudicem tutelae vel utilis actionis aestimatio facta est, eaque soluta, vindicatio praedii ex aequitate inhibebitur. S. von Wening=Ingenheim Lehrb. a. a. O.

Lib. XXVII. Tit. X.

De curatoribus furioso et aliis extra minores datis.

§. 1390.

Allgemeine Sätze von der Cura, und deren wesentlicher Unterschied von der Tutel nach dem röm. Rechte.

Die **Cura**, von welcher hier zu handeln ist, unterscheidet sich von der Tutel wesentlich darin, daß sie blos über das Vermögen einer Person bestellt wird, welches dieselbe selbst zu verwalten gehindert ist. Zwar ist auch die Tutel in der Regel mit der Vermögens-Verwaltung des Pupillen verbunden, allein sie ist Erstens kein nothwendiges Merkmal, welches der Tutel ausschließend angehört. Daher kann, wenn auch ein Tutor bereits vorhanden ist, noch ein Curator eintreten, der blos über das Vermögen, als solches, gesetzt ist. Ja die altrömische Tutel über Weiber hatte mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu schaffen, der **tutor** ward blos für **auctoritatis interpositio** bestellt. Bey der Pupillen-Tutel spricht aber, wenn nicht ein besonderer Curator des Vermögens ernannt ist, im Zweifel die Vermuthung für die mit dem Amte des Tutors stillschweigend verbundene Vermögens-Verwaltung. Daher sagt Ulpian[7]):

7) *Fragm. Tit. XI.* §. 25. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 603.)

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

In Betreff dieser Verwaltung steht daher der Tutor dem Curator gleich, beyde sind in Ansehung derselben domini loco [8]), so weit nicht die Vormundschaft aus Gründen in der gestio beschränkt ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß beym Tutor die Verwaltung des Vermögens von der Person ausgeht, der Curator hingegen, ohne Rücksicht der Person, über das Vermögen, als solches, gesetzt ist [9]). Daher der Tutor bey Schließung der rechtlichen Geschäfte des Pupillen, besonders derjenigen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann [10]), durch sein Vollwort (auctoritas) die mangelhafte bürgerliche Persönlichkeit des Mündels ergänzt, was der Curator nicht kann [11]). Dieß ist es, wenn die Gesetze [12]) sagen: *Tutor personae, non rei vel causae datur.* Darin unterscheiden sich also die Tutel und Curatel wesentlich von einander, daß nur der Tutor allein das Recht hat, bey den rechtlichen Geschäften des Pupillen Auctorität zu interponiren, weil die Gesetze annehmen, ein Impu-

8) *L.* 56. §. 4. *D. de furt. L.* 157. *pr. D. de Reg. iur.*

9) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 5. Bandes 2. Heft. S. 284. f.

10) §. 1. *J. de auctorit. tutor. L.* 19. *D. de auctorit. et consensu tutor. et curator.*

11) S. *Heinr.* Zoepfl Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. *Bamberg* u. *Aschaffenburg* 1828. 8. §. 7. und 8.

12) *L.* 14. *D. de testam. tut.*

des habe noch keinen juristisch vollgültigen Willen, deswegen müsse der Tutor, bey Schließung eines rechtlichen Geschäfts seines Mündels, desselben bürgerliche Persönlichkeit durch sein Vollwort ergänzen, welches hingegen der einem Pupillen gegebene Curator nicht kann [13]). Daher muß immer zur Schließung solcher Geschäfte des Pupillen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann, ein Tutor bestellt werden [14]), welches auch jenem Rechtssatz nicht entgegen ist. Denn auch in solchen Fällen, wo Tutoren für einzelne Geschäfte vorkommen [15]), wird doch der Tutor gewissermaßen für die ganze Persönlichkeit gegeben, nur daß hier die wirkliche Ausübung seiner Thätigkeit auf ein Rechtsgeschäft beschränkt, und er dann wieder entlassen wird [16]). Eben so bleibt immer die **auctoritatis interpositio** ausschließender Charakter der Tutel, wenn gleich dieselbe zuweilen, wie bey der **tutela infantis**, oder **furiosi pupilli**, für den der Tutor selbst handeln muß, ihrer Natur nach, oder wegen eines speciellen Verbots, sich in die Geschäftsverwaltung des Mündels einzumischen, wie beym **tutor honorarius** der Fall seyn kann, in Ansehung der Ausübung gehindert ist. Von diesem letztern Falle ist, nach meiner Ueberzeugung, die *L.* 4. *D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.* zu verstehen, wie ich an einem andern Orte [17]) ausführlicher gezeigt habe. Es ist

13) S. den 29. Th. des Commentars §. 1298. a. S. 7. ff.

14) *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* (XLIX. 1.)

15) S. z. B. Gajus *Institut. Comm. I.* §. 176 — 184. und Ulpian. Fr. Tit. XI. §. 18 — 20.

16) S. Puchta Miscellen, im Rhein. Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrg. Bonn 1828. S. 383. f.

17) S. den 29. Th. des Commentars §. 1304. S. 189. f.

zwar in einer neuern Schrift[18]) dagegen eingewendet worden, daß man die Worte: tamen *si tutor auctoretur*, cui administratio tutelae *concessa non est*, id ratum a Praetore haberi non debet, durchgehends ganz unrichtig verstanden habe. Denn Erstens dürfe das Wort *auctorari* hier nicht als gleichbedeutend mit auctor fieri, auctoritatem interponere genommen werden. Das Wort *auctorare*, so wie das Deponens *auctorari*, heiße in der römischen Sprache nichts anders, als verkaufen. So Quintilian[19]): *Quidam, ut patrem sepeliret, auctoravit se.* Eben so komme das Deponens *auctorari* auch nur in der Bedeutung von verkaufen vor: z. B. bey Apulejus[20]): *Mulier execrando metallo pudicitiam suam protinus auctorata est.* In dieser Bedeutung werde nun also die *L.* 4. so zu übersetzen seyn:

„Obgleich das Vollwort eines Tutors hinreichend ist, wenn mehrere Tutoren gegeben sind, so darf es doch der Prätor nicht genehmhalten, wenn der Tutor eine Veräußerung vornimmt, dem die Administration der Tutel nicht gestattet ist."

Durch diese Uebersetzung sey nun aller Widerspruch mit *L.* 14. §. 1. *D. de solution.* und *L.* 49. *D. de acquir. vel omitt. hered.* beseitiget, mithin auch die darüber entstandene Controvers verschwunden. Das Fragment verbiete jetzt dem tutor honorarius ganz und gar

18) S. *Heinr.* Zoepfl's oben Not. 11. angeführte Schrift. §. 12. S. 46. folg.

19) *Arg. Declamat. CCCII.*

20) *Metamorphos. Lib. IX.* (cum commentar. *Phil. Beroaldi* Tom. II. pag. 353. 8.)

nicht mehr die **auctoritatis interpositio**, sondern nur das Vornehmen von Veräußerungen, die reine Acte der Administration sind, wobey ja oft gar keine **auctoritatis interpositio** vorkomme, wenn nämlich der Vormund veräußert, ohne den Pupillen mithandeln zu lassen. So ergebe sich also aus der *L.* **4.** das Resultat:

„Der **tutor honorarius** wird durch dieses Fragment von dem Rechte **auctoritatem** zu interponiren, nicht ausgeschlossen; denn der Eingang des Fragments: *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* — macht gar keinen Unterschied zwischen gerirenden Tutoren und **honorariis**, sondern spricht ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zu. — Durch den Nachsatz, welcher mit der Partikel *tamen* anfängt, werden aber aus der Zahl der **plurium tutorum**, welche sämmtlich **auctoritatem** interponiren dürfen, diejenigen ausgeschieden, welche Veräußerungen vornehmen dürfen. Diese Veräußerungsbefugniß konnte den **honorariis**, sehr gut entzogen seyn, ohne ihrem Rechte **auctoritatem** zu interponiren zu schaden. Denn eine Veräußerung ist nicht nothwendig ein Act der **auctoritatis interpositio**, sondern nur der **administratio**, die jeder Curator auch vorzunehmen befugt ist, in sofern die Gesetze dem Vormunde überhaupt Veräußerungen gestatten.“

„Da also dem **tutor honorarius** unbedingt das Recht der **interpositio auctoritatis** zukommt, so habe man Zweytens auch gar nicht nöthig, die Worte: *cui administratio tutelae concessa non est*, in **cui interdicta est** abzuändern. Denn *non concessa* — nicht übertragen — heiße die Administration im Gegensatz der **decreta**. Der Tutor, dem die Administration **non con-**

cessa = non decreta ist, könne kein anderer sein, als der honorarius, und so diene diese Stelle zur Unterstützung der aufgestellten Behauptung, daß unter den pluribus tutoribus auch die honorarii mit begriffen seyn. Wollte man das *non concessa* gleichbedeutend mit interdicta erklären, so könnte sich dieses Wort auch eben so gut auf einen tutor gerens beziehen, der suspect gemacht worden war, wie auf einen honorarius. Daß ein solcher nicht veräußern durfte, weil ihm überhaupt die Administration verboten war, bedürfe keiner Erörterung. Aber der Widerspruch und die Verwirrung werde bey der bisherigen Uebersetzung des *auctorari* mit „Vollwort einlegen" nur noch größer, da doch dadurch, daß einem Tutor die administratio tutelae untersagt ist, keineswegs auch das Recht und die Pflicht zur auctoritatis interpositio zugleich mit entzogen wird [21]). Auch würde kein römischer Jurist den Ausdruck *non concessa* zu brauchen gewagt haben, um ein Verhältniß zu bezeichnen, welches nur aus einer feyerlich ausgesprochenen Formel — *interdictum* — des Prätors hätte hervorgehen können."

„Endlich Drittens sey aus dem *Frag.* 14. *D. de solut.* für das Recht des tutor honorarius, auctoritatem zu interponiren, nichts abzuleiten. Denn Zahlungen annehmen, sey nur ein Ausfluß der Administration des Vermögens, nicht aber der Ergänzung der Persönlichkeit. Geschäfte für den Mündel könne aber der tutor honorarius eingehen, wie ein jeder Bürger negotiorum gestor des Andern werden kann, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens des Andern nicht zusteht, wofern ihn

21) *L.* 9. §. 5. *D. de tut. et ration. distrah. L.* 7. *C. de suspect. tutor.* (V. 43.)

nur nicht ein absolutes Verbot — **interdictum** — von der Geschäfts-Besorgung für den Andern ausschließt. Um so mehr müsse er befugt seyn, Zahlungen für den Pupillen anzunehmen, da das **periculum tutelae** gleichfalls auf ihn als **tutor** lastet. Nur das sey wichtig, daß der **honorarius** keine Geschäfte des Mündels zu besorgen brauche, weil die **administratio** ihm nicht *decreta* ist, sondern sich sein ganzes Verhältniß zur Vermögens-Verwaltung auf Abnahme der Rechnung und Suspectpostulirung des verdächtigen **gerens** beschränkt."

Allein so wenig auch die sehr sinnreiche Art, wie hier die *L.* 4. *D. de auctor. et cons. tutor. et curator.* erklärt, und dieselbe mit den beyden andern oben angeführten Gesetzstellen vereiniget worden, zu verkennen ist, indem dadurch der ganze Streit erlediget zu seyn scheint; so gewiß ist es doch, daß bey genauerer Prüfung sich noch manches Bedenken darbietet, was noch erst beseitiget werden muß. Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob denn Pomponius in der *L.* 4. *cit.* das Wort *auctorari* wirklich in der ihm untergelegten Bedeutung genommen habe. Nun ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß dieses Wort bey den römischen Classikern in der Bedeutung von verkaufen vorkommt, wie die von dem Verfasser der angeführten Schrift citirten Stellen aus Quintilian und Apulejus beweisen[22]; aber nie wird es in der Beziehung gebraucht, in welcher es Pomponius hier genommen haben soll, sondern immer nur in

22) Mehrere Beyspiele würde das **Lexicon totius Latinitatis consilio et cura** *Jac.* **Facciolati, opera et studio** *Aegid.* **Forcellini, correctum et auct. edit. a** *God.* **Hertel et** *Aug.* **Voigtlaender Tom. I.** (*Schneeberg* 1829. f.) voc. *Auctoro*, an die Hand gegeben haben.

Beziehung auf ein bestimmtes Subject, wie in den angeführten Stellen die Redensarten, *se auctorare, auctorari pudicitiam suam*, deutlich andeuten. Es ist nämlich der Ausdruck *se auctorare* eigentlich von den Gladiatoren hergenommen, welche sich für einen bestimmten Preis, **auctoramentum**, zum öffentlichen Spiel verkauften, oder eigentlich sich verdungen oder verpflichteten[23]). Ein solcher Verkauf hieß daher *auctoratio*, und wer sich auf solche Art hingab, *auctoratus*. Dann wurde das Wort überhaupt von denen gebraucht, die sich zu einem gewissen Dienst, z. B. zum Soldatendienst, verpflichtet hatten, so wie auch von denen, die sich durch eine schändliche That, oder um eines Gewinnes willen den Tod zugezogen hatten, wie in der bey Vellejus[24]) vorkommenden Redensart, *mortem sibi auctorare*. Da ein solches Auctoriren nicht ohne den eignen Willen des sich Auctorirenden geschehen konnte, so liegt in allen diesen Redensarten das **auctor fieri** zum Grunde. **Qui enim** *auctorare se* **dicuntur, ipsi facti sunt auctores venditionis sui, vel contractus, quo se vendebant, vel obstringebant illi**, wie der große Literator SALMASIUS[25]) be-

23) *Mosaicar. et Romanar. Legg. collat.* Tit. IV. §. 3. et Tit. IX. §. 2. S. *Ant.* SCHULTING Jurispr. vet. Anteiustin. pag. 746. Not. 18. Besonders *Claud.* SALMASIUS de modo usurarum. Cap. XIX. pag. 864. sqq. *Car. Andr.* DUCKER Opuscul. de Latinitate ICtor. vett. pag. 279. sqq. und *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Auctorari*.

24) *Lib. II. Cap.* 30.

25) Cit. lib. de modo Usurar. pag. 866. Man vergl. auch *Ant.* SCHULTING ad Tit. IV. Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. not. 18. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 746.)

merkt hat. Daher werden auch die auctorati selbst *auctores* genannt[26]). Ja Hermann Cannegieter[27]) sagt sehr richtig: *Auctorare* generaliter is dicitur, qui sese *auctorem* profitetur. *Auctoratio* autem haec, sive, ut veteres loquebantur, *auctoritas*, fiebat in capitis deminutionibus, siquidem caput deminui nulli civi Romano poterat, nisi illi, qui sui juris esset, *et is auctor fieret*, id est, nisi id ipse iuberet fieri. Quocirca vita, libertas, civitas, familia nemini, qui sui iuris erat, invito, id est, *sine auctoritate istiusmodi*, aut dicam potius, *sine auctoramento* eripi poterat. So stammt also das Wort *auctorare* oder *auctorari* selbst von auctor fieri ab, und hat immer nur eine subjective Beziehung. Ohne diese Beziehung, also im absoluten Sinn, und in der Bedeutung eine Sache verkaufen, kommt das Wort *auctorare* selbst bey den römischen Classikern nicht vor, am wenigsten aber bey den römischen Juristen. Das Deponens *auctorari* findet sich überhaupt nur in zwey Stellen unsers römischen Gesetzbuches. Die eine ist unsere *L.* 4. die andere die *L.* 9. *pr. D. Quod falso tutore auctore*. In keiner von beyden kann das daselbst vorkommende Wort *auctorari* die Bedeutung von Etwas verkaufen haben. Nicht in der L. 4. Denn es soll hier die Frage entschieden werden, wie es in dem Falle, da mehrere Tutoren, die alle die Tutel verwalten können, berufen sind, mit der auctoritatis interpositio zu halten sey? Pomponius setzt es als einen ganz bekannten

26) S. Salmasius ad Trebell. Pollion. in *Gallieno*. Cap. 12.

27) Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentiae, quae exstant in Collatione Legum Mosaic. et Romanar. (*Franequerae* 1765. 4.) Cap. XVII. pag. 218.

Grundsatz voraus, daß von denselben schon Eines Tutors auctoritas genüge. Dieser Satz wird aber auf folgende Art limitirt: tamen si tutor *auctoretur*, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Ich will hier ganz die Frage bey Seite gesetzt seyn lassen, ob überhaupt *auctoretur* die richtige Lesart sey? Denn Haloander, dem auch Beck in seiner neuesten Ausgabe vom Corpus iuris civilis gefolgt ist, liest, si tutor *auctor erit*. Es kann aber schon dem ganzen Zusammenhange nach nicht anders erklärt werden. Denn Erstens ist schon gar nicht glaublich, daß das Wort in einer andern Bedeutung, als in der von *auctorem esse*, gebraucht seyn sollte, weil vom Recht des Tutors, Sachen des Mündels zu veräußern, gar keine Frage war. Erst am Schluß wird zur Erläuterung das Beyspiel angeführt, wenn ich *eo tutore auctore*, qui tutelam non gerat, von einem Pupillen eine Sache kaufe, wohl wissend, daß ein Anderer zur Verwaltung der Tutel ausschließlich bestellt sey; hier kann ich nach der richtigeren Meinung des Offilius nicht Eigenthümer werden. Eben so wenig, als wenn ich *eo auctore* kaufe, welcher von der Verwaltung der Tutel entfernt worden ist. Auch hier ist der Handel ungültig. Selbst diese zur Erläuterung der entschiedenen Frage angeführten Beyspiele geben ja den stärksten Beweis, daß *auctorari* hier nicht heißen könne, verkaufen, sondern eben so viel sey, als *auctorem esse*, *auctorem fieri*, *auctoritatem interponere*. Und wer könnte sich Zweytens wohl im Ernst überreden, daß Pomponius, statt des überall gewöhnlichen Ausdrucks *alienare*, oder *vendere*, ein Wort werde gewählt haben, was in der Bedeutung von Verkaufen

einer Sache im ganzen **Corpus iuris civilis** gar nicht vorkommt, und von keinem römischen Juristen gebraucht worden ist. Die berühmtesten Lexikographen, ein Brissonius[28]), ein Basilius Faber[29]), ein Aegidius Forcellini[30]), und Johann Matthias Gesner[31]) führen alle die *L.* 4. an, und erklären das Wort *auctorari* einstimmig durch **auctoritatem commodare et interponere, auctorem fieri.**

Eben so wenig kann auch das *auctoraretur* in der *L.* 9. *D. Quod falso tutore auctore* durch veräußern übersetzt werden. Ulpian, aus dessen *libro XII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt daselbst:

Huius actionis exemplo POMPONIUS *libro XXXI.* scribit, dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, *ut alius auctoraretur inscius.*

Es ist hier von einer Ausdehnung der **actio in factum** die Rede, welche der Prätor in dem Falle geben will, da ein **falsus tutor** bey Rechtshandlungen, welche der Pupill selbst vornahm, **dolo malo** seine Auctorität interponirt hatte. Die Worte des Edicts, so wie uns solche Ulpian[32]) aufbehalten hat: *In eum, qui, cum tutor non esset,* DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE

28) de V. S. voc. *auctorari.*

29) Thes. erudit. Scholasticae, edit. GESNERI voc. *Auctoro* Tom. I. pag. 266.

30) Lexic. totius Latinitatis. Tom. I. voc. *Auctoro.*

31) Novus linguae et erudit. Rom. Thesaur. Tom. I. voc. *Auctoror.*

32) *L.* 7. *pr. D. Quod falso tutore auctore.*

DICETUR, *iudicium dabo*, lassen keinen Zweifel übrig. Nach dem Beyspiel dieser Klage soll nun auch gegen denjenigen eine actio, nämlich utilis, statt finden, welcher nicht selbst Auctorität interponirt, sondern einen Unwissenden dolo malo verleitet hat, *ut auctoraretur*, quasi tutor esset. Da jene actio in factum nur dann vorkommt, wenn der falsche Vormund nicht selbst handelte, sondern blos auf eine betrügerische Art Auctorität interponirt hatte, während der Pupill selbst contrahirte, wie nicht nur jede Stelle dieses Titels [33]), sondern auch schon die Rubrik desselben: *Quod falso tutore* AUCTORE *gestum esse dicetur*, beweist; so liegt es klar am Tage, daß das *ut alius auctoraretur*, nichts anders heißen könne, als ut alius auctor fieret. So verstehen auch die Basiliken [34]), und der griechische Scholiast [35]) diese Stelle, wie ich an einem andern Orte [36]) gezeigt habe. Wollte man das *auctorari* durch verkaufen übersetzen, wie hätte die actio in factum quod falso tutore auctore auf diesen Fall angewendet werden können? ja welch ein widriger Sinn würde nicht aus dieser Erklärung hervorgehen? Wozu wäre auch die Einführung jener actio in factum nöthig gewesen, da ja der falsche Tutor, wenn er selbst Sachen des Mündels mala fide verkauft hätte, oder durch einen andern, der von dem Betruge nichts wußte, hätte verkaufen lassen, schon mit der Contractsklage, und zwar in perpetuum belangt wer-

33) Man sehe besonders die *L.* 11. *D. eodem.*

34) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit 6. Const. 7. pag. 98 edit. *Fabroti.*

35) Cit. loc. Schol. o. pag. 101.

36) S. den 32. Th. §. 1374. S. 353. f.

den könnte, während die **actio in factum** nur ein Jahr dauert[37])?

So wäre also die Bedeutung von *auctorari* für **auctorem fieri** in beyden Gesetzen gegen die Angriffe der neuen Erklärung hinlänglich geschützt. Daß nun aber ein **tutor honorarius** so gut das Recht habe, **auctoritatem** zu interponiren, als ein **tutor gerens**, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil er tutor ist. Es beweist dieses aber auch der Eingang der *L. 4. Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat*, welcher gar keinen Unterschied zwischen **tutores gerentes** und **honorarii** macht, sondern ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zuspricht. Da nun zugegeben wird, daß der **tutor honorarius** auch Geschäfte für den Mündel eingehen könne, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens nicht übertragen ist, aber auch eben deswegen keine Geschäfte des Mündels selbst zu besorgen brauche[38]); so können die Worte: *tamen si tutor auctoretur*, *cui administratio tutelae* CONCESSA *non est*, dem ganzen Zusammenhange nach, gar keine andere Bedeutung haben, als die, „wenn aber ein solcher tutor Auctorität interponirt, dem die Verwaltung der Tutel untersagt ist.“ So erklärte diese Worte auch schon die Glosse, in welcher es heißt: **Expone hic,** *non est concessa*, **id est, est denegata a iudice, vel a testatore.** Diese Erklärung wird noch mehr durch die zur Erläuterung hinzugefügten Beyspiele bestärkt, in welchen das **tutore auctore**

37) S. Francke Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. S. 87.

38) S. Zöpfl's Vergleichung der röm. Tutel und Cura. §. 12. S. 52.

emere, *qui tutelam non gerat*, dem eo auctore emere gleichgeachtet wird, *qui a tutela fuerit remotus*. Freylich drücken dann die Worte: *concessa non est*, weniger aus, als interdicta. Allein es ist ja bey den römischen Juristen gar nicht ungewöhnlich, daß sie mehr gedacht, als durch die Worte ausgedrückt haben. Man nennt diese Figur *Liptotes*, in qua plus cogitatur, quam dicitur, wie Servius[39]) sagt. Mehrere Beyspiele davon haben Gerh. Noodt[40]), van Idsinga[41]), Joh. van Nispen[42]), und Püttman[43]).

Es fragt sich nur noch, ob denn wirklich der Widerspruch und die Verwirrung so groß sey, wenn man *auctorari* in der L. 4. durch „Vorwort einlegen" erklärt? Sollte einem Vormunde, dem die administratio tutelae untersagt ist, darum keinesweges auch das Recht zur auctoritatis interpositio zugleich mit entzogen seyn? Habe ich, wie ich glaube hinlänglich dargethan, daß *auctorari* hier durchaus nichts anders heißen könne, als auctorem fieri; so beantwortet unser Gesetz schon selbst die Frage. Das Geschäft ist ungültig, welches eo auctore ist vorgenommen worden. *Id ratum a Praetore haberi non debet*, sagt unser Gesetz. Wo ist hier Widerspruch oder Verwirrung? Ja, sagt man, wer nicht Auctorität interponiren kann, ist nicht tutor! Warum nicht? Man denke

39) Ad Virgilii Aen. X. v. 907.

40) Lib. XXVI. Tit. 8. §. *Sed apparet*.

41) Varior. iuris civ. Cap. XVII.

42) Diss. ad Herennii Modestini IX. libros Differentiar. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar*. Vol. I. Tom. I. pag. 68.)

43) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56.

sich, der Pupill sey verstandlos. Hier kann der Tutor keine Auctorität interponiren, weil der Pupill nicht selbst handeln kann, sondern der Vormund die Geschäfte desselben allein besorgen muß. Er ist also deswegen wohl nur Curator, und kein Tutor. Nichts weniger. Er ist tutor. So belehrt uns Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum* 44). **Qui habent tutorem, pupillus vel pupilla** ***si furere coeperint,*** **in ea causa sunt,** ***ut in tutela nihilominus durent:*** **quae sententia** ***Quinti*** **quoque** ***Mucii*** **fuit, et a** ***Iuliano*** **probatur: eoque iure utimur,** ***ut cesset*** CURA, ***si tutelae aetas indigeat.*** **Quare, si tutores habent, per furorem** ***in curam*** **non rediguntur,** ***sive non habent,*** **et** ***furor eis accesserit,*** ***nihilominus*** TUTORES ***accipere poterunt,*** **quia Lex XII. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.** Wenn ferner ein **tutor** als suspect ist angeklagt worden, so wird ihm während des Prozesses die **administratio tutelae** untersagt 45). Er hört darum nicht auf Vormund zu seyn, so lange er nicht removirt worden ist. Kann er aber noch Auctorität interponiren? Ich möchte ein Gesetz kennen, welches ihm dieses Recht in diesem Falle gestatte. Allein die *L.* **9.** §. **5.** ***D. de tutelae et ration. distrah.*** sagt ja: **Si tutori curator sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere,** *quia tutor manet.* Ganz richtig, das heißt aber nur, er kann nicht eher mit der **actio tutelae** belangt werden, als bis er abgesetzt worden, und die Tutel geendiget ist, weil er bis dahin noch Tutor bleibt. Folgt denn

44) *L.* 3. *pr. D. de tutelis.*

45) *L.* 7. *C. de suspect. tutor. vel. curator.* (V. 43.)

aber daraus, daß er bis dahin auch nach wie vor noch Auctorität interponiren könne? Gewiß nicht, weil der Tutor von der Person aus über das Vermögen gesetzt ist. Warum sollte denn auch dem **tutor honorarius**, wenn er auch gleich in der Regel auctoriren und geriren kann, nicht Beydes untersagt, und desselben Thätigkeit blos auf die ihm übertragene Oberaufsicht über den **tutor gerens**, auf Abnahme der Rechnung, und Suspectpostulirung des verdächtigen **gerens** beschränkt werden können? **Dati sunt enim** *honorarii* **quasi observatores et custodes eius, qui gesserit**, sagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*[46]). Der **tutor honorarius** erscheint doch immer, im Verhältniß zum **tutor gerens**, als ein solcher, **cui administratio tutelae concessa non est.** Gleichwohl kann ihm so gut, wie dem **gerens**, eine Zahlung gültig geschehen, wie ebenfalls Ulpian sagt *libro XXX. ad Sabinum*[47]). Zahlungen annehmen ist nun, wie zugegeben wird, ein Ausfluß der Administration. Der **tutor honorarius** kann sich also in die Administration die Tutel einmischen, eben so gut, als er bey den Geschäften, die der Pupill selbst eingeht, Auctorität interponiren kann. Soll er also das, was er als Tutor schon von selbst thun kann, nicht thun dürfen, so muß es ihm besonders untersagt worden seyn. Dieß sagt auch Ulpian in der letzten Stelle ausdrücklich in den Worten: ***nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur.*** Vergleicht man nun diese Stelle mit der ***L. 4. D. de auct. tut.*** so kann das: ***cui administratio tu-***

46) ***L. 3. §. 2. D. de adm. et peric. tut. et curat.***

47) ***L. 14. §. 1. D. de Solut.*** **(XLVI. 3.)**

telae concessa non est, in Verbindung mit dem Folgenden: *eo tutore auctore, qui tutelam non gerat*, und *sciens alium eius tutelam gerere*, gar nicht anders, als so verstanden werden, daß dem **gerens** die Administration der Tutel ausschließlich übertragen, dem **honorarius** aber die Einmischung in die Administration untersagt worden ist. Bey dem allen bleibt der Unterschied feststehen, daß nur der Tutor allein nach den Gesetzen die Gewalt, d. h. das Recht hat, die juristische oder bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen durch sein Vollwort zu ergänzen, und also nur er allein Auctorität interponiren kann, der Curator aber diese Befugniß nicht hat, wenn er gleich einem Pupillen gegeben worden ist. Daß sie der Tutor nicht immer in vorkommenden Fällen ausüben kann, thut nichts zur Sache, deswegen ist und bleibt er doch Tutor, wie aus den Gesetzen deutlich genug gezeigt worden ist.

§. 1390. a.

Fortsetzung. **Cura plena. Cura bonorum.** Verschiedene Arten der letztern. Erklärung der *L.* 5. und *L.* 9. *h. t.*

Die Curatel, oder *cura*, *curatio*[48]), wird also blos für das Vermögen, als solches, bestellt, wenn die Person, welcher dasselbe gehört, solches zu verwalten gehindert ist[49]). Sie kann nun von sehr verschiedener Art

48) *Pr. J. de tutelis.* §. 3. *J. de curation.* *L.* 1. §. 1. *L.* 13. *D. h. t.*

49) Man vergleiche vorzüglich *Hug.* Donellus Commentarior. Lib. III. Cap. 17—23. (Vol. II. pag. 215—263.) *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros ad L. 48. D. de admin. et peric. tutor. pag. 264—269. und ad L. 1. §. 4. D. de muner. et honor. pag. 391—394.

seyn, eine vollständige (cura *plena*) oder unvollständige (cura *minus plena*), je nachdem sie entweder mit dem Verwaltungsrechte verbunden ist, oder blos die Aufsicht und Bewahrung einer Gütermasse, und allenfalls die Veräußerung von Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, zum Gegenstande hat[50]). Von der erstern Art, welche im eigentlichen Sinn *cura* genennt wird, ist die Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Taube, Stumme, Blinde, Minderjährige und Pupillen; von der letztern aber die *cura bonorum*, von welcher sich in dem römischen Rechte wieder mehrere Arten finden, nämlich

1) die *cura* über die Güter eines Abwesenden, für welche sonst nicht gesorgt ist, weil der Abwesende keinen Bevollmächtigten hinterlassen hat. Von dieser cura §. 1397. ein Mehreres.

2) Die *cura ventris*, welche eintritt, wenn eine Frau sich nach dem Tode ihres Ehemannes schwanger befindet, um die Güter, in deren Besitz sie gesetzt worden ist, dem noch ungebornen Leibeserben desselben zu erhalten[51]). Ulpian[52]) nennt einen solchen Curator, *bonorum ventris nomine curatorem*. Nach der Regel: *tutor personae datur*, konnte hier kein Tutor bestellt werden, weil von einer Person, als Subject bürgerlicher Rechtsfähigkeit, als caput liberum betrachtet, noch keine

50) Donellus Lib. III. Cap. 17. §. 2. pag. 216.

51) *L.* 48. *D. de admin. et peric. tut. et curat. L.* 1. §. 17—24. *D. de ventre in possessionem mittendo.* (XXXVII. 9.)

52) *L.* 8. *D. h. t.*

Frage seyn kann, so lange das Kind noch ungeboren ist [53]). Von dieser Curatel kann eigentlich erst in dem Titel *de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius* (**Lib. XXXVII. Tit. 9.**) die Rede seyn.

3) Die **cura**, welche bey Gelegenheit der **bonorum possessio Carboniana** in dem Falle angeordnet wird, da einem unmündigen Kinde des Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde bestritten wird, weil es kein rechtes Kind des Erblassers sey, (**quod inter liberos non sit**) [54]). Davon **Lib. XXXVII. Tit. 10.** *de Carboniano Edicto* ein Mehreres.

4) Die **cura hereditatis iacentis**, welche in dem Falle verfügt wird, da man noch nicht weiß, wer Erbe ist [55]); oder der Erbe die Erbschaft noch nicht antreten kann, weil er unter einer Bedingung ist instituirt worden, und die **bonorum possessio**, wie er könnte, nicht agnosciren, und Caution leisten will [56]); ferner wenn der Erbe noch deliberirt, ob er die Erbschaft an-

53) *L.* 20. *D. de tutorib. et curat. dat.* Modestinus *libro VII. Differentiarum.* Ventri tutor a Magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est. S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 8. pag. 781.

54) *L.* 1. §. 4. *D. de Carbon. Edicto* (XXXVII. 10.)

55) *L.* 1. §. 4 *in fin. D. de munerib. et honor.* (L. 4.) Hermogen. *Lib. I. Epitomar.* His similes sunt bonis dati curatores. — Item custodiendis ab eo relictis bonis, *cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.* — *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possess. eat.* (XLII. 4.)

56) *L.* 23. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

nehmen soll, oder nicht[57]). Ein solcher Curator kann auch auf Verlangen der Gläubiger bestellt werden, welcher dann, wenn diese auf ihre Bezahlung dringen, soviel von den Gütern veräußern kann, als zur Befriedigung derselben nöthig ist[58]).

Es sind hier besonders folgende zwey Stellen merkwürdig.

L. 48. *D. de admin. et peric. tutor et curator.* HERMOGENIANUS *libro 1. iuris Epitomarum.* Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plane[59]) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur.

L. 1. §. 4. *D. de Munerib. et Honorib.* IDEM *eodem.* Aeque personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventri[60]),

57) *L.* 1. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auctorit. iudicis possid.* (XLII. 5.)

58) *L.* 23. §. 2. *et* 3. *D. de heredibus instituend.* (XXVIII. 5.) S. *Jo. Bernhard.* FRIESE Diss. de cura hereditatis iacentis. *Jenae* 1717.

59) Einige Ausgaben, z. B. die des BAUDOZA CESTIUS, lesen plena.

60) Die meisten Ausgaben, Merlinus, Baudoza, Haloander, Miräus, und die neueste Ausgabe von Beck lesen *et ventris.* *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO in Hermogen. ad h. L. pag. 391. bleibt aber bey der florentinischen Lesart, und bezieht das *etiam ventri* auf die nachfolgenden Worte: curator datus. Er liest denn aber auch

etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia: sed et[61]) in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur, ac, ne debitores liberentur, providetur. Item, ex Carboniano Edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est, et reverti speratur. Item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Aus dieser letztern Stelle ergiebt sich, daß die cura plena und cura bonorum minus plena darin einander gleich sind, daß die eine, wie die andere, ein munus publicum ist, deren Uebernehmung derjenige, dem sie aufgetragen worden ist, eben so wenig, als eine Tutel, ablehnen kann, wenn er keine rechtmäßige Entschuldigungs-Ursachen anzuführen und zu beweisen vermag. Eine Ausnahme macht jedoch

5) die cura bonorum eines in Concurs gerathenen Schuldners[62]). Zu dieser kann Niemand, ohne in dem höchsten Nothfalle, und ohne Genehmigung des Regenten, gezwungen werden[63]). Denn da ein solcher Curator ex

in einer Periode, und wie er sich ausdrückt, uno spiritu bis auf die Worte: *His similes.*

61) Finestres will statt: *sed et in* lieber: sed etiam bonis lesen.

62) *L. 2. pr. et* §. 1. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.)

63) *L.* 2. § 3. *D. eodem.* Ulpian. *Lib. LXV. ad Edictum.* Quaeritur? an invitus curator fieri possit? Et Cassius scribit: *neminem invitum cogendum fieri bonorum cu-*

consensu maioris partis creditorum privato von der Obrigkeit gesetzt wird; so ist das Amt desselben mehr ein Privatgeschäft. Ueberhaupt handelt sich's hier von einer Sache, die mehr privati, als publici iuris ist[64]). Von dieser cura bonorum ist eigentlich in der Lehre vom Concurse der Gläubiger[65]) mit mehreren zu handeln, zu welcher auch der Tit. 7. Libri XLII. *de curatore bonis dando* gehört; es kommen aber doch in unserm Titel zwey dahin gehörige Stellen vor, welche einige Erläuterung bedürfen. Die eine ist *L.* 5. *h. t.* aus CAIUS *Libro IX. adEdictum provinciale*, welche folgendermassen lautet.

Curator ex Senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti Senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant. Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside.*

Da das Senatusconsultum, von dem hier die Rede ist, das alte strenge Rechtsverfahren beym Güterverkaufe eines insolventen Schuldners zu Gunsten der

ratorem; quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi ex magna necessitate, et Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur.

64) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 23. §. 15. pag. 258. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 595. der 2. Aufl.

65) S. DABELOW Lehre vom Concurse der Gläubiger. (*Halle* 1801. 4. Kap. 20. S. 579 sqq.) und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 98 — 101.

Standespersonen milderte; so ist es zur Erläuterung nöthig, Etwas aus der Geschichte des alten Concursverfahrens, so wie es auch noch in den spätern Quellen sich findet, vorauszuschicken.

Wenn nämlich ein Schuldner bey den Römern sich in dem Falle befand, daß seine Güter wegen Insolvenz verkauft werden mußten; so hatte ehemals folgendes Rechtsverfahren Statt [66]). Das Erste, was geschehen mußte, war, daß sich die Gläubiger an den Prätor wandten, und bey diesem darum anhielten, daß es ihnen erlaubt werden möchte, die Güter ex Edicto zu besitzen, solche öffentlich feil zu bieten, und zu verkaufen. Der Prätor bewilligte dieses durch ein Decret, wodurch die Gläubiger in die Güter ihres Schuldners eingesetzt wurden, das heißt, die Gläubiger erhielten eine *Possessio bonorum* [67]), sofern ihnen der Schuldner nicht etwa schon

66) S. Gajus *Commentar. III.* §. 77 — 81. und Lib. IV. §. 35. Theophilus *Paraphras. graec. Institution.* Lib. III. Tit. 12. pr. Besonders aber sind zu vergleichen Aug. Wilh. Heffter Institutionen des röm. und teutschen Civilprozesses. (Bonn 1825. 8.) VI. Buch. 2. Tit. S. 560 — 564. *Frid. Car. Gust.* Stieber de bonorum emtione apud veteres Romanos P. I. *Lipsiae* 1827. 8. Cap. III. und Puggé rechtsgeschichtliche Bemerkungen zur Lehre von der Venditio bonorum, (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrggs 1. Heft. Bonn 1828. S. 87 — 93.)

67) Cicero *Orat. pro P. Quintio* Cap. VI. nr. 25. (*Opp.* Vol. II. P. I. edit. Orellii. *Turici* 1826.) Postulat a *Burrieno* Praetore Naevius, *ut ex Edicto bona possidere liceat.* Jussit *bona proscribi* eius. Diese Bonorum possessio fand ursprünglich in zwey Hauptfällen Statt, nämlich a) gegen iudicatos, wenn sie das iudica-

freywillig sein Vermögen abgetreten hatte, wie ihm ex lege Julia de cessione bonorum unter gewissen Umständen erlaubt war [68]). Denn ohne ein solches Decret durften die Gläubiger den Schuldner aus seinen Gütern nicht vertreiben [69]). Auch mußte die missio in das ganze Vermögen geschehen [70]). Der Prätor mußte jedoch

tum nicht leisteten; b) gegen die fraudationis causa latitantes et indefensos absentes. Hierzu kamen in der Folge noch mehrere Veranlassungen, nämlich c) wenn sich zu einer verschuldeten Erbschaft kein iustus successor, neque heres, neque bonorum possessor, fand, und auch für den Fiskus kein Ueberschuß zu erwarten war, oder wenn d) der heres suspectus war, und die geforderte Satisdation nicht aufbrachte. S. Gajus *Comm. III.* §. 77. *et* 78. *L.* 7. §. 1. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) Cicero Orat. *pro P. Quintio* Cap. XIX. nr. 60. 61. et 62. et Cap. XX. nr. 65. Cap. XXI. nr. 66. et 68. *L.* 1. §. 1. *D. de iure fisci* (XLIX. 14.) *L.* 5. *C. de bonis auctor. iud. possid.* (VII. 72.) *L.* 31. §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Man vergleiche Heffters angef. Institutionen S. 561. besonders Stieber de bonor. emtione apud. vett. Romanor. Cap. II. §. 9 — 17.

68) S. Lib. XLII. Tit. 3. D. *de cessione bonorum.*

69) In dem Edict des Prätors, so wie uns dasselbe Cicero *pro Quintio* Cap. XXVII. nr. 84. aufbehalten hat, hieß es: *Qui ex Edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant: quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.*

70) Cicero *pro P. Quintio* Cap. XXIX. nr. 89. Omnino autem bona possessa non esse constitui: quod *bonorum possessio* spectetur non in aliqua parte, *sed in*

dabey sehr vorsichtig zu Werke gehen, weil ein solches Rechtsverfahren ex Edicto der bürgerlichen Ehre des Schuldners sehr nachtheilig war[71]). Cicero[72]) nennt *universis*, *quae teneri ac possideri possint*. Der hier vom Cicero gebrauchte Ausdruck *bonorum possessio* ist von derjenigen possessio zu verstehen, quam creditor in bona missus habet. S. Stiebber cit. lib. Cap. III. §. 18. not. f. pag. 56.

71) Cicero *Orat. cit.* Cap. XV. nr. 49. et 50. Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero virorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Etenim mors honesta saepe vitam quoque turpem exornat: vita turpis ne morti quidem honestae locum relinquit. *Ergo hercule*, *cuius bona ex Edicto possidentur*, *huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur*, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui *magistri* fiunt, et domini constituuntur, qui qua lege et qua conditione pereat, pronuntient: de quo homine praeconis vox praedicat, et pretium conficit: huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur: si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emtores, ut carnifices, ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas. — Um den P. Quintius gegen diese Schande zu retten, setzt daher Cicero einen vorzüglichen Vertheidigungsgrund darin: *omnia* Quintii *bona possessa non esse*. Cap. XXIX. n. 89. Er legt es dem Judex Aquilius, der in diesem Proceß darüber zu erkennen hatte, dringend ans Herz, er solle bedenken, wie viel von seinem Richterspruch abhänge. Er sagt *Cap. XVI.* nr. 51. Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt: Praetores, *ut considerate fieret*,

es mehr als einmal eine causa capitis[73]). Die Gläubiger konnten nun sogleich zur *proscriptio bonorum* schreiten[74]), das heißt zur Feilbietung der im Besitz habenden Güter ihres Schuldners, welche durch einen öffentlichen Anschlag, *tabula proscriptionis*, *libellus*[75]), *album*[76]), *titulus*[77]), *προγραφή*[78]), geschahe[79]).

comparaverunt. — Considerant enim, *quid et quantum sit*, *alterius bona proscribere*. Besonders Cap. IX. nr. 33. Judicium esse, *C.* Aquilli, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque *P. Quintii*, vides. Vergl. auch Heffter ad *Gaji* Institution. Comment. IV. Cap. XVII. pag. 88. sq.

72) *Orat. pro P. Quintio.* Cap. VIII. nr. 31. Cap. IX. nr. 32. Cap. XIII. nr. 44. et 45. Cap. XXXI. nr. 95.

73) Man nannte nämlich im gemeinen lateinischen Sprachgebrauche auch eine bloße causa existimationis, mit welcher keine wahre capitis deminutio verbunden war, sondern welche blos die bürgerliche Ehre minderte, *causa capitalis*. *L.* 103. *D. de Verb. Signif.* S. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 112. f. Daher konnte Cicero auch einen Prozeß, welcher die bürgerliche Ehre in Gefahr brachte, eine *causa capitis* nennen. S. Ernesti Clav. Ciceron. voc. *Caput*, und Niebuhr röm. Geschichte. 1. Th. S. 642. der 3. Ausg. Berlin 1828.

74) Cicero *pro Quintio*. Cap. VI. nr. 25. S. Stieber de bonor. emtione apud vett. Rom. §. 19. pag. 59.

75) Cicero *pro P. Quint.* Cap. XV. nr. 50. und *de Officiis Lib. III.* Cap. 17.

76) *Tabula Heracleensis.* P. I. (aeris Britann.) v. 15. 18. S. Mazochi ad h. l. not. 3. pag. 309. und Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. Bd. S. 161. und S. 197.

77) Plinius *Lib. VII. Epist.* 27.

78) *Glossae nomicae* ex rec. *Car.* Labbaei voc ἄλβον.

Die Proscriptionsformel hat Theophilus[80]) auf folgende Art angegeben: *Ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως· ἡμεῖς κρεδίτωρες ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν· ὠνητὴς ὁ βουλόμενος προσίτω.* i. e. *Ille, qui debitor noster est, in causam venditionis bonorum incidit: nos, qui creditores sumus, bona eius vendimus: emtor; qui volet, adesto.* Hatten die Gläubiger die Güter des Schuldners auf solche Art 30 Tage besessen, (handelte sich's von dem Vermögen eines Verstorbenen, so genügten schon 15 Tage;) dann kamen die Gläubiger abermals bey dem Prätor zusammen, um ihn zu bitten, daß er ihnen erlauben möchte, einen **magister bonorum vendendorum** aus ihrer Mitte zu wählen[81]). Dieser war es nun, welcher sich mit den Kaufsliebhabern auf gewisse Procente verglich, und dann dem Meistbietenden die Güter, und zwar im Ganzen, überließ. Der Grund, warum man einen solchen Magister wählte, war theils

(in Ottonis Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 1711.) wo jedoch statt παραγραφὰς richtiger προγραφὰς gelesen werden muß. S. Jenaische allgem. Literatur-Zeitung vom J. 1823. Nr. CXXV.

79) *Barn.* Brissonii Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. III. Cap. 8. und *Jo. Casp.* Heimburg Progr. de origine proscriptionis bonorum apud Roman. *Jenae* 1738.

80) *Paraphr. gr. Institut.* Lib. III. Tit. 12. pr.

81) Gajus c. l. Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX. possideri et proscribi: si vero mortui, post dies XV. postea iubet convenire creditores, et ex eo numero *magistrum* creari, id est, eum, per quem bona veneant. S. auch Cicero *ad Attic.* Lib. I. *Epist.* 1. et *Lib. VI. Ep.* 1.

der, welchen Theophilus[82]) angiebt, weil das persönliche Zusammenkommen der Gläubiger, besonders für diejenigen, welche sehr entfernt wohnten, mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden war, theils weil die Kaufsliebhaber mit einem weit leichter handeln konnten, als mit den sämmtlichen Gläubigern[83]). Der Accord mit den Gläubigern, welcher die Kaufsbedingungen enthielt, hieß, wie Theophilus sagt, *Lex bonorum vendendorum.* War man nun auch über die Kaufsbedingungen einig, so konnte doch der Zuschlag der Güter noch nicht gleich erfolgen, es mußte noch erst eine gesetzlich bestimmte Zeit abgewartet werden. Diese bestand, wie uns ebenfalls Gajus belehrt, wenn die Güter eines noch lebenden Schuldners verkauft wurden, in **30**, bey einem verstorbenen aber in **20** Tagen. So war also bey der **Bonorum venditio**, zur Schonung des Schuldners, wenn dieser noch lebte, eine Frist von **60** Tagen gesetzt, um dem Schuldner Zeit zu geben, durch Anbieten eines Vergleichs mit den Gläubigern den Güterverkauf, und auf solche Art die bürgerliche Schande abzuwenden, welche desselben Folge war[84]). Hierauf deutet auch wohl un-

82) Cit. loc. ἐπειδὴ γὰρ δυσχερὲς ἦν, πάντας συνιέναι κατὰ ταυτὸν καθ' ἑκάστιν ἡμέραν ἐχειροτόνουν ἐξ ἀυτῶν ἵνα, ἅστις ἐλέγετο μάγιστρος, καὶ λοιπὸν ἀυτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι· i. e. *Nam quia difficile erat, omnes in unum quoque die convenire, unum ex ipsis deligebant, qui* Magister *dicebatur, et ille deinde contrahebat cum iis, qui emere volebant.*

83) S. Stieber cit. lib. Cap. III. §. 20. pag. 61.

84) S. Heffter's Institutionen S. 562. und Puggé im Rhein. Museum a. a. O. S. 88.

streitig Gajus hin, wenn er sagt[85]: *Quare autem tardius* **viventium bonorum ventitionem complere iubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur**[86]). Bey dem Güterverkauf eines Verstorbenen machte man so viel Umstände nicht, um die Gläubiger nicht unnöthiger Weise länger hinzuhalten, weil sich hier nicht leicht ein Defensor fand, und für diesen auch die beschränktere Frist genügte.

Also nur erst, wenn nach Ablauf des letzten Termins der Prätor den Befehl zum Verkauf ertheilte, konnten die Güter dem Käufer addicirt, das heißt, dem Käufer im Ganzen übereignet werden. Diese Addiction, oder **Bonorum venditio**, (denn *addicere* heißt hier nichts anders, als verkaufen, oder den Verkauf vollziehen) geschahe von dem Magister, nicht vom Prätor, und diese ist es, mit welcher Gajus[87]) die **ignominia** in eine unmittelbare Verbindung setzt, während er von einer Person, *cuius bona a creditoribus possessa proscriptave sunt*, nur als einer **persona** *suspecta* spricht[88]). Der auf solche Art vollzogene Güter-Verkauf hatte nun die Folge, daß der **bonorum emtor** in alle Verbindlichkeiten und Rechte des Gemeinschuldners (**in universum ius debitoris**) succedirte, und die Gläubiger **ex lege venditionis** befriedigen mußte, welche daher auch ihre Ansprüche, so weit sie noch bestanden, gegen ihn auszuführen hatten[89]).

85) *Comm. III.* §. 79.

86) Man vergleiche auch *L.* 35. §. 1. *D. de reb. auctor. iud. possid.*

87) *Comm. II.* §. 154. S. Puggé S. 89.

88) *Comm. IV.* §. 102.

89) S. Heffter's Institutionen. S. 562.

So wie nämlich der Magister vor der Addiction den Schuldner vertrat, statt seiner handelte, **utiliter** klagte, und verklagt wurde[90]); so trat nunmehr der Käufer durch den Zuschlag an die Stelle des Schuldners, den er, wie ich nachher ausführlicher zeigen werde, **iure praetorio** succedirte. Dieser wurde nun von den Gläubigern auf die verabredete **rata utiliter** belangt[91]). Dahingegen standen aber auch dem **Bonorum emtor** verschiedene Rechtsmittel zu. Gajus giebt, außer dem **Interdictum possessorium**, zur Erlangung des schnellen Besitzes, ähnlich dem **Interdicto quorum bonorum** des prätorischen Erben[92]), dem Käufer namentlich noch zwey Klagen, die ***Rutiliana*** und ***Serviana actio***[93]). Beyde Klagen waren **fictitiae actiones**. Waren nämlich die Güter eines verstorbenen Schuldners verkauft worden, so klagte der Käufer, als wenn er dessen Erbe wäre, mit der, vom

90) *L.* 2. §. 1. *et* 2. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) Daß hier in Ulpians *libro LXV. ad Edictum* vom magister die Rede gewesen, an dessen Stelle der hier substituirte Curator bonis distrahendis getreten, beweisen die Worte: neque iudicatum solvi nomine eius, *cuius bona veneunt.* Das Räthsel wird sich nachher auflösen.

91) Gajus *Instit. Comm. III.* 80. *et* 81. *IV.* 35.

92) *Comm. IV.* §. 145.

93) *Comm. IV.* §. 35. Similiter et *bonorum emtor* ficto se herede agit, sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur *Rutiliana*, quia a Praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est: superior autem species actionis, qua *ficto se herede* bonorum emtor agit, *Serviana* vocatur.

Prätor Servius benannten, actio *Serviana;* waren aber die Güter eines Lebenden verkauft worden, so ward fingirt, der **bonorum emtor** klage, als wäre er des Schuldners Procurator [94]), und gab ihm die vom Prätor Publius Rutilius eingeführte *Rutiliana* actio, welche ganz die Formel der Klage eines Procurators hatte [95]). Der Käufer mußte daher die Prozeßcautionen des Procurators leisten, von welchen er als Erbe frey war [96]). Dort wurde aus des Schuldners Person intendirt, und auf den Kläger selbst die Condemnation gestellt; welches in dem Falle, da eines Verstorbenen Güter waren verkauft worden, nicht geschehen konnte [97]). Gajus macht bey dieser Gelegenheit die Bemerkung, man sage, die **Bonorum venditio** sey durch den Prätor Publius Rutilius eingeführt worden. Es war ohne Zweifel der Publius Rutilius Rufus, der im Jahr **649** der St. R. Consul war [98]). Hieraus erklärt sich nun, wenn Gajus [99]) die **emtio bonorum** zu den **modis** zählt,

94) Man vergleiche Puggè über die **Vinditio bonorum** in dem Rhein. Museum. 2. Jahrgg. S. 93. *Aug. Guill.* **Heffter ad Gaii Institut. Comm. IV. §. 35. pag. XVIII.** und vorzüglich Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts. 3. B. (Heidelberg 1829.) §. 80. S. 254. fg. wo überhaupt diese Materie am ausführlichsten und gründlichsten ist abgehandelt worden.

95) Gajus *Comm. IV.* §. 86.

96) S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 592. S. 860. der 2. Ausg.

97) S. Zimmern a. a. O. S. 255. und §. 156.

98) S. *Jans. ab* **Almeloveen fasti Rom. consular.** pag 95. und Zimmern Gesch. des röm. Rechts. 1. B. 1. Abth. §. 75. a. S. 280. ff. bes. Not. 20. u. 3. B. §. 76. S. 237.

99) *Comm. II.* §. 97. *et* 98.

quibus *per universitatem* res nobis adquirantur. Sie begründete aber keine civilrechtliche, sondern eine prätorische Universalsuccession, welche mit der Bonorum possessio darin eine Aehnlichkeit hatte, daß sie auch, wie diese, ex Edicto gesucht und verfügt ward[100]), nur von solchen Obrigkeiten, penes quos erat imperium[1]) nämlich vom Prätor, und Präses der Provinz, nicht von Municipal-Magisträten, verfügt werden konnte[2]), und auch der Käufer durch diese emtio bonorum keine andere Rechte erhalten konnte, als der prätorische Erbe, ehe er usucapirt hatte, denn beyde, sagt Theophilus[3]), sind prätorische Successoren. Die Stelle selbst ist merkwürdig, wo er von den Wirkungen der emtio bonorum spricht. Die hieher gehörigen Worte lauten folgendermaßen: *πᾶσαι αἱ ἀγωγαὶ, αἵ τινες ἥρμοζον τῷ ὑποστάντι τὴν bonorum βενδιτίωνα, καὶ ὅσαι ἦσαν κατ' αὐτοῦ, αὗται μετεφέροντο ἐπὶ τὸν bonorum ἔμπτωρα, καὶ οὐτιλίως ἐνῆγε καὶ ἐνήγετο, ὥσπερ καὶ ὁ bonorum possessor. ἀμφότεροι γὰρ πραιτωριοι διάδοχοι.* i. e. *omnes actiones, quae subeunti bonorum venditionem competebant, et quotquot adversus eum erant, illae in bonorum emtorem transferebantur, atque utiliter et agebat, et conveniebatur, sicuti et bonorum possessor: ambo enim praetorii sunt successores.*

100) Cicero *ad Attic. Lib. VI. Epist.* 1. und *pro Quintio* cap. XXVII. nr. 84.

1) *L.* 3. *et* 4. *D. de iurisd.*

2) *L.* 4. §. 4. *D. de damn. inf.* (XXXIX. 2.) *L.* 26. §. 1. *D. ad Municipal.* (L. 1.) S. Stieber. §. 8.

3) *Paraphr. gr. Institut.* Lib. III. Tit. 12. pr. Tom. I. pag. 611. edit. *Reitz.*

Das Eigenthum, welches der emtor bonorum erwarb, konnte also nicht ex iure Quiritium, sondern nur das in bonis seyn, wie Gajus [4]) lehrt.

4) *Comm. III.* §. 80. Neque — bonorum possess —*pleno iure fiunt*, *sed* IN BONIS *efficiuntur:* — autem ita demum adquiruntur, *si usucapiuntur*. Diesem scheint zwar *M. Terent.* VARRO *de Re Rustica* Lib. II. Cap. 10. (*Scriptor. Rei Rust.* Vol. I. pag. 197. edit. *Bipontin.*) zu widersprechen, wenn er sagt: In emtionibus *dominum legitimum* sex fere res perficiunt: — *tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit*. Nach dieser Stelle sollte man fast glauben, es sey quiritarisches Eigenthum auf den emtor bonorum übergegangen. Ja es scheint sich dieses noch mehr dadurch zu bestätigen, daß *S.* POMP. FESTUS *de Verbor. Signif.* voc. *Hasta* sagt: *Hastae subiiciebantur ea*, *quae publice venundabant*, *quia signum praecipuum est hasta;* besonders wenn man erwägt, daß die Hasta gebraucht wurde zur Bezeichnung eines quiritarischen Rechts. Allein Varro spricht ja nicht von der venditio bonorum, die auf Antrieb der Gläubiger durch einen Magister vollzogen wurde, sondern von der SECTIO, wodurch das an den Staat verfallene Vermögen eines proscripti, oder iudicio publico damnati, oder eines Verstorbenen, dessen Erbschaft dem Fiscus anheimgefallen war, unter öffentlicher Auctorität des Prätors per universitatem verkauft wurde, wovon der Käufer SECTOR hieß. CICERO *pro Roscio Amerino*. Cap. XXXVI. n. 103. *pro P. Quintio*. Cap. XLIII. n. 126. *in Verrem. Lib. I. cap.* 20. S. *Q.* ASCONII PEDIANI Commentat. in III. contra Verrem. Oration. pag. 59. et 63. (edit. *Franc.* HOTOMANI *Lugduni* 1551. 8.) (*Lugd. Batav.* 1644. pag. 84. et 88.) besonders GAJUS *Institution. Comment. IV.* §. 146. „Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur *sectorium*, quod SECTORES vocantur, qui publica bona mercantur.“ Diese hatte bona publica zum Gegenstande,

Ein solches strenges, der bürgerlichen Ehre so höchst nachtheiliges Concursverfahren konnte man nicht füglich

welche der Staatskasse zugefallen waren. Die Beschlagnahme des Vermögens geschahe hier so, daß der Prätor die Quästoren des öffentlichen Schatzes in die bona einwies. Livius Lib. XXXVIII. cap. 60. Cicero *in Verrem Lib. I.* cap. 20. S. Dirksen Beyträge zur Kunde des röm. Rechts. 3. Abh. S. 202. ff. und Zimmern Gesch. des röm. PrivatR. 3. B. §. 76. S. 236. Not. 10. Bey dieser Sectio geschahe, wie bey der Auctio, die Feilbietung sub hasta, wie die Stelle des Festus beweist, und durch einen unter diesem Symbol obrigkeitlich vorgenommenen Verkauf erwarb der Käufer quiritarisches Recht. S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 521. S. 752. der 2. Ausg. Puggé rechtsgeschichtl. Bemerkungen, im Rhein. Museum 2. Jahrgg. S. 91. besonders Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 76. S. 237. Not. 11. Bey der bonorum venditio eines in Concurs verfallenen Schuldners wird der hasta nie gedacht, so wenig wie das Wort *Sectio* von einem solchen Privat-Concurse vorkommt. S. Stieber de bonor. emtione P. I. §. 22. Von einem öffentlichen Verkaufe, welcher von Seiten des Staats vorgenommen ward, dem das subhastirte Vermögen angefallen war, spricht auch nur Festus, wie die Worte, *quae publice venumdabant* klar beweisen. Beydes unterscheidet genau Gajus *Instit.* Comm. III. §. 154. wenn er sagt: Item si cuius ex sociis bona *publice* aut *privatim* venierint, solvitur societas. Jenes ist der Fall, wenn das Vermögen eines Socius confiscirt wird, dieses, wenn er in Concurs verfällt. In solchen Fällen mußte sich freylich die Societät auflösen. §. 7. *J. de Societ.* (III. 26.) S. Vinnii Comm. ad h. §. et Heineccius ad Eund. Wenn Gajus in der zu Anfang dieser Note angeführten Stelle noch die Worte beyfügt: *Interdum quidem bonorum emtoribus*, welche jedoch ganz lückenhaft sind; so scheint er allerdings Fälle angeführt zu haben, wo die bonorum emtio ein dominium civile gab, wie auch Puggé a. a. O.

bey solchen Personen eintreten lassen, welche **clarae** und **illustres personae** waren, z. B. wenn ein Senator, oder dessen Gattin sich in dem Falle befanden, daß ihr Vermögen Schulden halber verkauft werden mußte. Es ward daher, vielleicht unter Hadrian, ein Senatusconsultum gemacht, vermöge welchem das Vermögen eines solchen insolventen Schuldners, welcher zu den Standespersonen gehörte, nicht im Wege des gewöhnlichen strengen Concursverfahrens durch einen Magister, sondern einzeln durch einen Curator sollte verkauft werden dürfen. Neratius Priscus[5]) und Juventius Celsus[6]), welche beyde unter Hadrian blühten, haben dieses Senatusconsultums zuerst gedacht, von dem sich auch wohl aller Wahrscheinlichkeit nach dasselbe herschreibt[7]). Der **Curator bonorum** kann also wohl nicht, wie Schweppe[8]) behauptet, eben so alt, wie die Immission selbst seyn. Um also die **ignominia, quae accedit ex venditione bonorum**, wie Gajus[9]) sagt, von solchen Standespersonen abzuwenden, pflegte der Senat in vorkommenden Fällen zu erlauben, daß

S. 92. mit Recht bemerkt hat. Allein eine prätorische bonorum venditio konnte dieses nicht seyn, weil diese nicht sub hasta geschahe, also nur eine solche, von welcher Varro spricht. Den Unterschied zwischen *Sectio* und *emtio bonorum* hat übrigens sehr genau auseinandergesetzt Stiebber in der angef. Schrift §. 2—7. Man vergl. auch Heffters Institutionen des röm. und teutsch. Civil-Prozesses. S. 560. Not. 1. Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1829. 8. S. 70—73.

5) *L.* 9. *D. h. t.*

6) *L.* 3. *D. de curatore bonis dand.*

7) S. Stiebber angef. Schrift. §. 20. pag. 62.

8) Röm. Rechtsgeschichte. §. 595. S. 862.

9) *Comm. II.* §. 154.

das Vermögen des Schuldners, und zwar nicht, wie bey der venditio bonorum, per universitatem, sondern die Vermögensstücke einzeln durch einen Curator verkauft werden konnten, welcher denn aus ihrem Erlös die Gläubiger befriedigte [10]). Da der Verkauf hier im Einzelnen geschahe [11]); so werden nicht, wie bey der bonorum venditio, die Ausdrücke *bona venire*, *vendi*, *proscribi* [12]), sondern ea *distrahi* [13]) oder *alienari* [14]) gebraucht. Daher heißt es in unsrer *L*. 5. *h. t.* Curator constituitur *distrahendorum bonorum gratia*. Eben deswegen, weil hier keine proscriptio und venditio bonorum per universitatem geschahe, ward die Infamie vermieden. Gajus sagt, auf diesen Schimpf hindeutend: Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator* constituitur *distrahendorum bonorum gratia* vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside. Die Kaufgelder wurden von dem Curator Namens der Gläubiger beygetrieben, und pro rata nach dem Vorzug ihrer Forderungen unter

10) S. Heffter Institutionen. S. 563.

11) S. Stieber de bonor. emtione. P. 1. §. 20. pag. 62.

12) Cicero *pro Quintio*. Cap. VI. nr 25. Cap. XVI. nr 51. Cap. XXIII. nr. 73. et 75. *ad Atticum*. Lib. 1. Ep. 1. *L*. 6. § 1. *D*. *Quib. ex caus. in possess. eat*. *L*. 7. §. 1. *D*. *eodem*. Gajus *Institut. Comm. II*. §. 154. *et* §. 155. *Comm. III*. §. 77 — 79.

13) *L*. 23. §. 2. *D*. *de hered. instit*. (XXVIII. 5.) *L*. 4. *et* 5. *D*. *de curator. bonis dand*. (XLII. 7.) *L*. 2. *pr*. *D*. *eodem*. *L*. 9. *D*. *h. t.*

14) *L*. 7. §. 1. *D*. *h. t*. *L*. 31. §. 4. *D*. *de reb. auct. iud. possid*. (XLII. 5.)

sie vertheilt[15]). Papirius Justus *libro I. de Constitutionibus*[16]) führt ein Rescript von den Kaisern Antoninus und Verus an, woraus man sieht, die Wohlthat des Senatusconsultums müsse damals noch ein Vorrecht der Standes-Personen gewesen seyn. Allein späterhin ward der Verkauf durch einen Curator die allgemeinere Form, obwohl den Gläubigern Anfangs noch die

15) S. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 594. und 595. Von dem Unterschiede zwischen curator und magister haben ausführlich gehandelt *Emund.* Merillius Observat. Lib. V. Cap. 37. und Stieber P. I. §. 20. pag. 61. sq. Man sehe jedoch Zimmern Gesch. Bd. 3. §. 79. S. 252. Not. 25.

16) *L.* 4. *D. de curatore bonis dando.* Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: bonis per curatorem *ex Senatusconsulto* distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 12. Sch. pag. 180. edit. *Fabroti* versteht zwar diese Gesetzstelle ganz richtig von der Veräußerung der Güter eines Senators, worin ihm auch Fabrot Recht giebt; allein unrichtig ist wohl das ante gesto durch ἐκ πεπραγμένου gegeben. Die Worte: nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere, deuten vielmehr auf die Folge der Infamie hin, welche mit der venditio bonorum verbunden war. Der Schuldner wurde als ein capite deminutus behandelt, so daß nulla actio (sc. civilis) *ex ante gesto* weder ihm zustand, noch gegen ihn statt hatte. *L.* 40. *D. de operis libertorum.* (XXXVIII. 1.) *L. ult.* §. 7. *D. Quae in fraud. credit.* S. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Observation. iuris Rom. Specim. I. *Regiom.* 1818. 8. Cap. I. pag. 15. sq. und Zimmern Gesch. des röm. R. 3. Bd. §. 76. u. 77. auch §. 80. In diese Strafe verfiel der Schuldner, der sich durch Hintergehung der Gläubiger des beneficii Senatusconsulti unwürdig gemacht hatte.

Wahl gelassen war, ob sie den Weg der Distraction durch einen Curator, oder den Weg der förmlichen **venditio** einschlagen wollten. Jedoch scheint dieß wohl nur bey solchen Schuldnern der Fall gewesen zu seyn, welche nicht zu den Standespersonen gehörten[17]). Jenes ward jedoch zuletzt die allein übliche[18]). Das Verfahren durch **venditio bonorum** kam nämlich sammt dem Magister ganz ab, weil die Weitläuftigkeit und Schwerfälligkeit dieser Form, welche Theophilus[19]) mit Recht eine *διὰ πολλῶν κύκλων, καὶ πολλῶν περίοδων γενομένη*, d. h. ***per multas ambages multosque circuitus facta***, nennt, sich nicht mehr mit der spätern Gerichtsverfassung, oder den ***iudiciis extraordinariis*** vertrug, wie uns Justinian[20]), und so auch sein Paraphrast[21]) auf eine etwas räthselhafte Art belehren[22]). Der Curator trat also nun

17) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 255.

18) S. Heffter's Institutionen. S. 563.

19) ***Paraphr. graec. Institut.*** **Lib. lll. Tit. 12. pr. (Tom. l. pag. 609. edit.** ***Reitz.*****)**

20) ***Pr. J. de succession. sublat.*** **(lll. 12.) Sed cum** ***extraordinariis iudiciis*** **posteritas usu est: ideo** ***cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt***, **et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere.**

21) **Cit. loc.** *σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, — εἰκότως αἱ* ***bonorum venditiones*** *εἰσὶν ἐν ἀχρηστίᾳ*: d. h. ***Hodie autem, quum iudicia sint extraordinaria, — consequenter bonorum venditiones non sunt in usu.***

22) S. ***Jac.*** **Cujacii Commentar. ad tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 57. et 58.** Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 590. der 2. Ausg. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. a. E.

an die Stelle des Magisters, und es wurden alle mit dem Begriff der Universalsuccession nicht im Widerspruch stehende Grundsätze vom **magister** auf den **curator** bezogen[23]). Wo daher in den Schriften der röm. Juristen von dem Magister die Rede war, da wurde das Wort **curator** substituirt[24]). Deswegen ist aber doch nicht anzunehmen, daß überall, wo es jetzt **curator** heißt, in den ältern Rechtsquellen **magister** gestanden habe, wie von mehreren[25]) behauptet worden ist. Cornel. van Bynkershök[26]) hat diesen Irrthum schon zur Genüge widerlegt, wiewohl sich auch nicht mit ihm behaupten läßt, daß schon zur Zeit der Pandectisten überall nur von Curatoren die Rede gewesen wäre. Es scheint vielmehr die **bonorum venditio** noch zu Diocletians Zeiten vorgekommen zu seyn[27]). Ob durch Interpolation für *magister* das Wort **curator** gesetzt worden ist, erkennt man aus den gebrauchten Ausdrücken, ob nämlich die Ausdrücke *bona vendere*, *bona venire*, oder *bona distrahere* gebraucht worden sind. Ist das Erstere, so stand gewiß in den ächten Quellen der Pandecten das Wort **magi-**

23) *L.* 9. §. 3. *D. de reb. auct. iud. possid.* S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 256.

24) S. Pothier Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 7. Nr. III. Not. c. pag. 190.

25) S. Cujacius Paratitl. ad Lib. L. Dig. Tit. 8. und Wissenbach Emblem. Tribon. Cap. VI. ad L. ult. D. de curat. bonis dand. pag. 127. sq. (edit. *Heinecc.* Hallae 1736. 8.)

26) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 14.

27) *L.* 6. *L.* 9. *C. de bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis.* (VII. 72.) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257.

ster. In dem letzten Falle hingegen hat es auch ohne Zweifel schon ursprünglich curator geheißen; wie z. B. in unserer *L.* 5. auch *L.* 9. *h. t.* Hier, wo so genau zwischen bona *venire*, bona *vendere*, und bona *distrahere* unterschieden wird, ist eben so wenig eine Interpolation anzunehmen, als in *L.* 22. *D. de minorib.* und *L.* 9. §. 3. *D. de reb. auct. iud. possid.*[28]). Indessen ist denn auch freylich oft durch Interpolation für vendere oder venire bona ein distrahere substituirt worden[29]).

Das andere Gesetz dieses Titels ist die *L.* 9. aus Neratii *libro I. Membranarum*, folgenden Inhalts:

Cuius bonis distrahendis curatores facere Senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim integra re potestas ipsis est, utrum velint, eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam

28) Man vergl. hier vorzüglich Stieber P. I. §. 20. pag. 63. sq. und §. 9. pag. 26. auch Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 79. S. 252.

29) Man vergleiche z. B. §. 1. *I. de hered. qualit. et different.* (II. 19.) mit Gajus *Comm. II.* §. 154. wo dieser sagt: ut si creditoribus satis non fiat, potius heredis, quam ipsius testatoris *bona veneant*; statt dessen die Institutionen §. 1. *cit.* haben: potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris, *a creditoribus possideantur*, *vel distrahantur*, *vel inter eos dividantur*. S. Stieber P. I. §. 3. pag. 12. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257. Not. 10.

et tunc ex integro alius curator faciendus est: neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexus, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, *quam*[30]) in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.

Auch dieses Fragment von Neratius bezieht sich auf jenes **Senatusconsultum**, wovon die vorige *L.* 5. sprach, welches eigentlich nur eine Wohlthat für Standespersonen war. Den Gläubigern war daher nicht erlaubt, **bona sc. cum Senator, vel eius ordinis debitor esset, vendere**, zu deren Distraction der Senat auf Verlangen der Gläubiger einmal einen Curator gegeben hatte. Denn der Weg der Distraction war ein **beneficium debitorum Senatorii ordinis**, wie es in diesem Gesetz ausdrücklich genennet wird. Nur in andern Fällen scheint der Senat den Creditoren die Wahl gelassen zu haben, ob sie die **bona** ihres Schuldners durch einen Magister wollten im Ganzen verkaufen, (**vendere**), oder einen Curator **bonorum distrahendorum causa** bestellen lassen. Diese Wahl wird nun in diesem Gesetz anerkannt, und zugleich vom Neratius bemerkt, daß eine solche Wahl unabänderlich sey, zumal wenn sich der Curator

30) Statt *quam*, wie die Florentine liest, substituirt Beck mit Haloander quae. Allein die florentinische Lesart, welche einen vollkommenen richtigen Sinn hat, bestärken die *Scholia Basilicor.* Tom. V. Lib. XXXVIIII. Tit. X. p. 171. Sch. u. Die Stelle selbst wird nachher vorkommen.

einmal dem Geschäft der **distractio bonorum** unterzogen hatte, weil hierbey auch der Schuldner gewann, denn eine solche Distractio, d. i. ein Verkauf im Einzelnen, hatte die Folge, daß ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben werden mußte[31]. Aber wie nun, wenn der Curator starb, ehe er die Distraction vollendet hatte? wer sollte nun das Geschäft vollenden? Etwa desselben Erbe? Der könnte ja aber entweder wegen Geschlechts-Eigenschaft, oder wegen Alters-Schwäche zu diesem Geschäft ganz untüchtig seyn. Er könnte auch eine höhere oder geringere Würde bekleiden, als bey dem verstorbenen Curator war berücksichtiget worden. Und wie wenn der Erben mehrere seyn sollten? Das Geschäft durch alle vollenden zu lassen, wäre weder rathsam noch zweckmäßig; Einen aber allein damit zu belästigen? mit welchem Grunde hätte man dieses rechtfertigen können? Neratius giebt daher den Gläubigern den Rath, sie sollen einen neuen Curator bestellen. Eine Cautel, deren Neratius in seinen *libris Membranarum* mehrere gegeben hat[32]. Der griechische Scholiast versteht jedoch dieses Fragment so, als ob auch in dem Falle, da der Schuldner ein Senator ist, der Senat den Creditoren die Wahl zwischen **vendere** und **distrahere** gelassen habe. Er sagt nämlich:

Ὅταν συγκλητικὸς κατάχρεως ἐστιν, ἐκέλευσεν ἡ σύγκλητος, ὡς καὶ πρὸ μικροῦ εἴρηται, κουράτωρα δίδοσθαι ἐπὶ τῇ δια πράσει τῆς οὐσίας αὐτοῦ,

31) S. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 590. S. 858. und Zimmern Gesch. des röm. Priv. Rechts. 3. Bd. §. 80.

32) S. *Jo. Conr.* Sickel Exercit. de Neratio Prisco, praes. *Christ. Gottl.* Richtero def. *Lipsiae* 1788. Cap. IV. besonders pag. 50—52.

ἐξ αἰτήσεως τῶν δανειστῶν αὐτοῦ. Ἐὰν δὲ ἅπαξ προβληθῇ ὁ κουράτωρ, οὐκέτι ἔξεστι τοῖς δανεισταῖς δι᾽ ἑαυτῶν πωλεῖν τὴν τοῦ συγκλητικοῦ οὐσίαν· ὥσπερ γὰρ ἐν ἀρχῇ τοῦ πράγματος ἐξουσίαν εἶχον ἀπαιτῆσαι δοθῆναι τὸν κουράτωρα, ἢ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν κουράτωρα, ἀλλ᾽ αὐτοὶ γενέσθαι ἐπὶ νομῇ τῆς οὐσίας, καὶ δι᾽ ἑαυτῶν πωλῆσαι αὐτήν, ἢ ἄλλως πως τὰ περὶ αὐτὴν διοικῆσαι· οὕτως ἐπιλεξάμενοι τὸ ἕν, ὀφείλουσιν ἀπέχεσθαι τοῦ ἑτέρου· πολλῷ δὲ μᾶλλον εἰ καὶ γέγονε κουράτωρ, καὶ ἤρξατο πωλεῖν τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα. Εἰ καὶ ἐτελεύτησε μὴ πληρώσας τὴν πρᾶσιν πάσης τῆς οὐσίας τοῦ συγκλητικοῦ, ἀλλ᾽ ἄνωθεν ἕτερον κουράτωρα αἰτεῖν οὐδὲ γὰρ δεῖ τὸν κληρονόμον τοῦ πρωτοῦ κουράτωρος βαρύνεσθαι τῇ κουρατωρείᾳ· ἔστι γὰρ ἢ διὰ φύσιν συνοῦσαν ὁ κληρονόμος, ἢ διὰ τὴν τῆς ἡλικίας ἀσθένειαν, ἢ διὰ τῷ εἶναι πολλῷ μείζονα ἀξίαν ὑπὲρ τὸν κουράτωρα, ἢ πολλῷ καταδεέστερον αὐτὸν εἶναι (τὸν προκουράτωρα) ἀνεπιτήδειον πρὸς τὴν κουρατωρείαν· εἰκὸς δὲ καὶ πολλοὺς γενέσθαι κληρονόμου τοῦ κουράτωρος· καὶ οὐ συμφέρει διὰ πάντων πωλεῖσθαι τὰ τοῦ συγκλητικοῦ πράγματα· οὐ γὰρ δυνάμεθα λέγειν ἕνα τῶν κληρονόμων βαρύνεσθαι μόνον, τοὺς δὲ λοιποὺς ἀπαλλάττεσθαι· καλῶς οὖν εἴρηται τὸ ἄλλον ἄνωθεν αἰτεῖσθαι κουράτωρα.

Cum Senator debitor est, Senatus iubet, ut paulo ante dictum est, distrahendis bonis eius curatorem dari ex postulatione creditorum eius. Quodsi semel constitutus sit curator, iam non licet creditoribus Senatoris bona per se vendere: nam sicut initio rei in eorum arbitrio est, utrum velint curatorem dari, an non velint curatorem,

sed se in possessionem bonorum mitti, eaque per se distrahi, vel quovis alio modo administrari, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent: et multo magis, si iam factus curator, coepit vendere Senatoris bona. Sed si decesserit, non perfecta venditione omnium bonorum Senatoris, rursus alius curator petendus est, nec enim curatione onerari oportet heredem prioris curatoris. Potest enim heres vel propter sexum muliebrem, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam fuerit in priore curatore, non esse idoneus ad curationem. Forte et plures ei heredes existunt, et per omnes vendi bona Senatoris non expedit, nec potest dici, unum eorum tantum potius onerandum esse, quam ceteros. Itaque rectius est, alium curatorem peti.

In diesem Titel ist nur eigentlich von der **cura plena** die Rede, jedoch mit Ausschluß der Curatel der Minderjährigen, von der schon oben gehandelt worden ist. Für die **cura** sind nun folgende allgemeine Sätze vorauszuschicken.

1) Die Art der Bestellung derselben weicht von der Tutel darin ab, daß sie nicht, wie diese, unmittelbar durch Testament, d. h. auf eine solche Art bestellt werden kann, daß der Berufene **ipso iure** Curator würde. Hat der Vater dennoch einem nicht unmündigen Kinde z. B. wegen Wahnsinns, oder wegen Hangs zur Verschwendung einen Curator im Testamente gesetzt, so ist die Bestellung anders nicht gültig, als wenn der Curator von der Obrigkeit bestätigt worden ist [33]). Die Confirmation

33) §. 1. *in fin. J. de Curator. L.* 1. §. 3. *D. de confirm.*

geschieht aber, wie bey einem ungültig vom Vater bestellten Tutor, citra inquisitionem [34]). Die Obrigkeit ist verbunden, den Willen des Vaters zu befolgen, auch wenn er einen Sohn, der über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, als einen Wahnsinnigen oder Verschwender unter die Curatel gesetzt hat. Auch in diesen Fällen ist die Obrigkeit von den Gesetzen angewiesen, den im Testament verordneten Curator ohne Weiteres zu bestätigen. Man möchte zwar glauben, es komme in solchen Fällen doch immer noch erst darauf an, ob denn der Sohn auch wirklich wahnsinnig, oder Verschwender, und ihn also als einen solchen unter Curatel zu setzen nöthig sey. Allein die Gesetze erfordern deswegen keine weitere Untersuchung. Hat der Vater den Sohn einmal für einen Wahnsinnigen, oder für einen Verschwender im Testament erklärt, und es nicht etwa für rathsamer gehalten, denselben wegen Blödsinns oder wegen seiner Neigung zur Verschwendung bona mente zu enterben, die Kinder, die er etwa hat, statt seiner zu bedenken, und ihm blos den hinreichenden Lebensunterhalt auszusetzen [35]);

tut. vel curat. *L.* 7. *in fin.* *Cod.* *de testam.* *tut.* S. den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 468—470. Man vergleiche aber noch besonders *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. Cap. 6. *Ant.* Faber Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. II. pag. 1083—1085. und *Hug.* *Donellus* Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 4—6. pag. 233. sq. (Vol. II. edit. noviss. *Koenig.* *Bucher.* *Norimb.* 1805. 8.)

34) *L.* 6. *D. de confirm. tut. vel curat.* *L.* 7. §. 5. *Cod. de curat. furiosi vel prodigi.* S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. IV. illat. 21. pag. 778.

35) S. den 7. Th. des Commentars §. 551. S. 255.

(wodurch jedoch der Vater, wie wir nachher sehen werden, nicht immer seinen Zweck erreichen wird) so muß ihn auch die Obrigkeit als einen solchen behandeln, und den im Testament bestellten Curator, dem Willen des Vaters gemäß, bestätigen. Ueber alles dieses hat uns Tryphoninus in einer aus desselben *L. XIII. Disputationum* [36]) genommenen Stelle ausführlich belehrt. Er sagt daselbst:

Si furioso puberi, quamquam maiori annis viginti quinque, curatorem pater testamento dederit: eum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut rescripto *Divi* MARCI continetur. §. 1. His consequens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat Praetor, eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, Praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus? §. 2. Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique, quod sufficeret alimentorum nomine, ab eis certum legasset, addita causa necessitateque iudicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. §. 3. Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? *Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquod forte suum vitium idoneum putaverit.*

36) *L.* 16. *D. h. t.*

§. 1390. b.

Erklärung der *L.* 16. *D. h. t.* Besonders gegen Anton Faber.

Anton Faber[37]), welcher diese Gesetzstelle einer strengen Critik unterworfen hat, hält die ganze Frage, nebst ihrer Entscheidung für ein Werk des Tribonians, woran Tryphoninus keinen Theil habe. Alles, die ungebildete Schreibart, und die darin vorkommenden vermeintlichen Ungereimtheiten verriethen den Geist des Tribonians deutlich genug. Da jedoch Anton Faber, so wie alle übrige Rechtsgelehrten, welche ich verglichen habe, dieses Gesetz unrichtig verstanden haben; so wird es nicht unzweckmäßig seyn, dasselbe etwas genauer zu erklären[38]). Tryphonin spricht hier zunächst von einem **filius furiosus**, der schon über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, und dem der Vater in seinem Testament einen Curator gesetzt hat. Er sagt, der Prätor müsse hier den Willen des Vaters befolgen, und den von ihm bestellten Curator bestätigen. Denn wenn gleich das Gesetz der 12 Tafeln befiehlt, daß **furiosi** in der **curatio** der Agnaten seyn sollen, und diesem Gesetz der Wille des Vaters entgegenstreitet, weil das Gesetz dem Vater nicht eben so den Kindern, die nicht mehr unmündig sind, einen Curator zu bestellen erlaubt, als er seinen unmündigen Kindern

37) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 13. pag. 771 — 775.

38) In einer neuern Abhandlung über die cura prodigi, so wie sie Gesterding in der Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. Greifswald 1826. 8. liefern wollte, hätte man billig eine Erklärung dieses schwierigen Gesetzes erwartet. Es ist darin S. 49. blos wörtlich abgedruckt.

einen Tutor im Testament bestellen kann; so schien doch auch hier die Absicht der Gesetze erreicht zu seyn. Denn ohne Zweifel haben die Gesetze aus keinem andern Grunde den nächsten Agnaten die Curatel übertragen, als weil sie geglaubt haben, bey ihnen sey für die Person und das Vermögen des Furiosus am besten gesorgt. Könnte nun also der Prätor wohl sicherer gehen, als wenn er den vom Vater bestellten Curator bestätiget, da dem Vater das Wohl des Kindes gewiß mehr am Herzen liegt, als den Agnaten? Daher heißt es in dem von Tryphonin angeführten Rescript des Kaisers Marcus: *manet ea datio curatoris apud Praetorem*, d. h. **a Praetore tuenda est, licet a lege haud adprobetur.** Da der Verschwender in Rücksicht auf Vermögensverwaltung dem Wahnsinnigen pflegt gleichgesetzt zu werden; so war es ganz consequent, wenn Tryphonin das Rescript des Divus Marcus auch auf den Fall anwandte, da der Vater seinem verschwenderischen Sohne einen Curator gesetzt hat. Er sagt mit Recht, daß auch hier der Prätor den Willen des Vaters befolgen, und den Curator bestätigen müsse. Denn man muß annehmen, der Vater sey in dem einen, wie in dem andern Falle, für das Wohl seines Sohnes besorgt gewesen. Soweit läßt nun Anton Faber den Tryphonin passiren. Allein von den Worten: *Sed utrum omnimodo* an, findet er nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen. Denn wozu Erstens die hier aufgeworfene Frage? Man muß es dem Vater schon zutrauen, daß er dem Sohne aus keinem andern Grunde einen Curator werde gesetzt haben, als aus welchem ihn auch der Prätor unter die Curatel zu setzen sich würde bewogen gefunden haben, wenn der Vater deshalb auch keine Verfügung getroffen hätte. Allein wie

könnte man die eine Frage unnütz nennen, die ihr Absehen darauf hatte, ob die Bestätigung des Curators **cum** oder **sine inquisitione** geschehen müsse? Eben deswegen, weil die Obrigkeit es dem Vater glauben muß, daß er seinen Sohn anders nicht, als *vero consilio*, wie es am Ende unserer Gesetzstelle heißt, d. i. aus einem mit Ueberzeugung gefaßten Entschluß und nach reiflicher Ueberlegung für einen Verschwender werde gehalten haben, soll sie den Curator ohne weitere Untersuchung bestätigen. Weil also hier die Bestätigung des Curators **citra inquisitionem** erfolgt, so steht ein solcher Curator einem bestätigten Tutor gleich, den der Vater zwar nicht auf eine gültige Art bestellt hat, den aber doch die Obrigkeit in Folge väterlicher Willensverordnung bestätigen muß, und so wie dieser, der Bestätigung ungeachtet, **tutor** ***testamentarius*** genennt wird, so kann auch der vom Vater bestellte Curator ein **testamentarius** genennt werden, wie ihn auch Modestinus *libro VI. Regularum* [39]) wirklich so nennt. Aber was soll denn nun der Zusatz heißen: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* Was liegt denn daran, ob der verschwenderische Sohn Kinder hat, oder nicht? Deswegen muß er ja doch den Curator annehmen. Auch hierin findet Anton Faber eine Ungereimtheit. Allein ist denn nicht der Grund zur **cura prodigi**, besonders wenn sie der Vater im Testament anordnet, stärker, wenn der zur Verschwendung geneigte Sohn Kinder hat, welchen er sein Vermögen durch Vergeudung entzieht, und sie der Gefahr aussetzt,

39) *L. 7. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore.* (XLVI. 6.) S. *Ant.* FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. 2. pag. 1084. in fin. und DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 5.

zu darben, als wenn Er durch Verarmung blos dem Staate zur Last fällt, welcher freylich selbst dabey interessirt ist, daß Niemand von seinem Vermögen zum Nachtheil desselben Mißbrauch mache[40])? Oder betrachtet man auch nur die Verschwendung und Schwelgerey mit den Alten auf Seiten des Unrechts gegen diejenigen, denen das Vermögen dadurch entzogen wird, oder sonst ein Nachtheil daraus erwächst, welches sich darin ausspricht, wenn man sein Vermögen auf eine unvernünftige Art durchbringt, und es der Familie entzieht, oder sich durch Verarmung unfähig oder unwürdig macht, dem Staate, dem man angehört, ferner zu dienen, worin schon das Alterthum etwas Unsittliches, Liebloses und Verwerfliches fand[41]); so verräth gewiß die Lebensart des Verschwenders eine größere Ungerechtigkeit und Lieblosigkeit, wenn derselbe Kinder hat, als wenn keine Kinder vorhanden sind. Der Zusatz: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* erscheint also gewiß nicht als überflüssig. Zwar könnte freylich der Großvater, wie auch Tryphoninus hier bemerkt, für seine Enkel auch noch auf eine andere Art sorgen, als gerade auf die, daß er ihren Vater unter die Curatel setzen läßt. Er dürfte nur die Enkel zu Erben einsetzen, und den Sohn gegen Aussetzung eines hinlänglichen Lebensun-

40) §. 2. *J. de his*, *qui sui vel alieni iur. sunt.* (I. 8.) *L.* 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.* S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 3. Bd. Erört. XLVIII. §. 4. S. 272. f. und die Tübing. kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 4. Bd. S. 412 f.

41) S. Cicero *de Officiis* Lib. I. Cap. 15. nr. 14. und Gesterding Cura prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. I. Th. Nr. II. §. 3. S. 64. ff.

terhalts **bona mente** enterben. Hier müßte denn aber der Vater freylich die Ursache seines Entschlusses beyfügen, dann könnte sich der Sohn nicht über Unrecht beschweren. Allein dann müßte man auch annehmen, der Sohn sey emancipirt, die Enkel von demselben aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben. Denn wären beyde Sohn und Enkel noch in der väterlichen Gewalt; so würde der Vater durch die Enterbung des Sohns seinen Zweck nicht erreichen. Nach dem Ausspruche Ulpians *libro VI. ad Sabinum*[42]) würde der enterbte Sohn doch die väterliche Erbschaft bekommen, der Enkel selbst würde ohne Adition seinen Vater zum Erben machen. Wie aber, wenn die Enkel selbst auch nicht einmal in seiner väterlichen Gewalt wären, weil sie erst nach der Emancipation des Sohns geboren worden sind? Hier sagt Tryphonin, der Großvater solle sie unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß sie von ihrem verschwenderischen Vater emancipirt werden. Allein wie kann es denn aber der Vater dem Sohne zur Bedingung machen, daß er seine Kinder emancipire, da er ihn enterbt hat? Kann man sich denn

42) L. 6. §. 5. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) **Interdum filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate: utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium.** S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Praelection. Cervar. s. Commentar. ad tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. IV. §. 7. pag. 138. Ejusd. Diatr. de postumis hered instit. vel exher Cap. V. §. 23. pag. 220. Besonders Ejusd. Commentar. de acquir. vel omitt. heredit. P. II. Cap. 5. §. 46. et 47. pag. 332. et 333. und Ernst. Christ. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 71.

wohl etwas Abgeschmackteres denken, sagt Anton Faber? Es ist wahr, der Vater kann, wenn er will, die Kinder emancipiren. Die Emancipation ist gültig, weil hier der Vater den Sohn nicht für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat. Aber wie, wenn der Vater die Bedingung nicht erfüllen will, wie kann er denn dazu gezwungen werden, wenn ihm unter dieser Bedingung nicht Etwas hinterlassen worden ist? welche Ungereimtheit? Allein sagt es denn nicht auch Tryphoninus selbst? *Sed quid*, so heißt es ja §. 3. *si nec ad hoc consensurus esset prodigus?* Wollte er denn aber damit sagen, der Vater könnte im Ernst zur Emancipation genöthiget werden? Für Tryphonin hatte wohl der gelehrte Anton Faber zu viel Achtung, um ihn einer solchen Ungereimtheit zu beschuldigen. Nein, es soll ja Tribonian hier sprechen? Allein Tribonian verdient gewiß diese Beschuldigung so wenig, als Tryphoninus. Es wird ja die aufgeworfene Frage nicht beantwortet. Warum nicht? weil sich jeder Rechtsverständiger die Frage selbst beantworten kann. Niemand kann den Vater zwingen, seine Kinder zu emancipiren. **Potestas enim patria inaestimabilis res est**, sagt Marcianus *libro VIII. Institutionum* [43]), auch selbst dann nicht einmal, wenn ihm unter der Bedingung der Emancipation ein Legat wäre hinterlassen worden, wofern er es nicht agnoscirt, wie Ulpian *libro V. Fideicommissorum* [44]) sich noch bestimmter ausspricht. Tryphonin überläßt es uns also, aus dieser Digression die Folge zu ziehen, daß der Vater durch das Mittel einer **exheredatio bona mente** bey

43) *L.* 114. §. 8. *D. de legat.* XXX.

44) *L.* 92. *D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

einem verschwenderischen Sohne nicht immer seinen Zweck erreichen werde, besonders wenn derselbe Kinder hat. Die ganze Digression sollte demnach gleichsam als ein zu beseitigender Zweifelsgrund dienen, um recht begreiflich zu machen, daß der Großvater in diesem Falle die Enkel anders nicht vollkommen sichern könne, als wenn er den verschwenderischen Vater derselben unter die Curatel setzt. Der griechische Scholiast[45]) deutet selbst darauf hin, wenn er sagt: *Ταῦτα δὲ πάντα ὡς ἐν ζητήσει εἰπών. Et haec omnia quasi quaerendo dixit.* Und nun wird man sich vollends überzeugt haben, daß die Worte: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* keine unnütze Frage enthalten[46]).

§. 1390. c.

Fortsetzung.

Nach dieser Digression, welche also eigentlich blos zum Beweise dienen sollte, daß wenn der verschwenderische Sohn Kinder hat, durch eine **exheredatio bona mente facta** für die Enkel nicht hinlänglich gesorgt seyn würde, kommt nun Triphoninus zur Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage selbst zurück, nämlich ob die Obrigkeit schlechterdings verpflichtet sey, den Curator des vom Vater für einen Verschwender erklärten Sohns zu bestätigen, oder nur dann, wenn ihn der Prätor, wofern auch der Vater wegen der Curatel nichts verfügt hätte, selbst für einen Verschwender erklärt haben würde, also **praevia inquisitione**? Die Beantwortung der Frage ist in den

45) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Sch. d. pag. 172.

46) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. i. pag. 166.

letzten Worten unserer Gesetzstelle enthalten, welche nochmals hier vor Augen gestellt werden müssen, weil die Lesart streitig ist. Sie lauten in der florentinischen Ausgabe folgendermaßen.

Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est: ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus, propter aliquid forte suum vitium, idoneum putaverit.

Daß hier das *Sed* in einigen Ausgaben[47]) fehlt, und vielleicht dafür besser *et* gelesen werden könne, wie Johann Wilhelm Hoffmann[48]) meint, ist gerade das Unbedeutendste in dieser Stelle. Ich sehe wenigstens nicht ein, warum nicht das sed sogut, wie das et stehen könnte. Aber die größte Schwierigkeit machen die letztern Worte: *propter aliquid forte suum vitium.* Darin sind wohl alle einverstanden, daß statt *aliquid* richtiger aliquod gelesen werden müsse. Brenkman bemerkt auch in der Gebauerischen Ausgabe, daß Haloander, und alle übrige propter *aliquod* lesen. Allein worauf geht nun das *suum vitium?* Nicolaus Catharinus[49]) bezieht die Worte auf den Sohn, erlaubt sich aber folgende Versetzung. **Neque vero quem pater consulto prodigum credidit, propter aliquod forte suum vitium, eum Magistratus idoneum putaverit.** Allein das *vim fieri veto* hat dagegen schon Johann Cannegieter[50]) mit Recht ausgesprochen. Ob er aber die

47) Z. B. bey Haloander und Baudoza.

48) Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. in fin.

49) Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 36. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 788.)

50) Ad Collation. Legum Mosaicar. et Romanar. Tit. IV.

Sache besser getroffen hat, ist sehr zu bezweifeln. Er selbst will auch die Lesart für fehlerhaft halten, und vertauscht das *forte* mit **fortunae**. Er liest nun **propter aliquod** *fortunae* **suum**, (oder welches eben soviel seyn soll, *suae*, **hoc est, filii eius) vitium**. Er bezieht also, wie Catharinus, das *suum vitium* auch auf den Sohn. Daß aber das *forte* eine ganz richtige Lesart sey, und das **suum vitium** nicht auf den Sohn, sondern auf den Magistrat gehe, sagt uns der bey dieser Stelle noch von Niemanden benutzte Scholiast der Basiliken [51]). Seine Worte sind:

Ὅτι χρὴ κατὰ πάντα ἀκολουθεῖν τὸν πραίτωρα τῇ κρίσει τοῦ πατρὸς, καὶ ὃν ὁ πατὴρ τὰ ἀληθῆ βουλευσάμενον ἄσωτον ἀπεκάλεσεν, οὐ δύναται ὁ ἄρχων ἴσως δι᾽ οἰκεῖον ἐλάττωμα, ἀξιόπιστον νομίζειν πρὸς διοίκησιν.

Per omnia Praetorem sequi debere iudicium patris, et quem pater vero consilio prodigum appellavit, Magistratum non posse **PROPTER ALIQUOD FORTE SUUM VITIUM,** ***idoneum existimare ad administrationem.***

Hier ist das Wort *ἴσως* gebraucht, welches nichts anders als *forte* heißt [52]). Durch den Scholiasten erhält nun auch zugleich Hermann Cannegieter [53]) seine Zurechtweisung. Dieser will nämlich *nec* für **ne** lesen, eine Ver-

§. 9. not. c. pag. 207. (Adject. Domit. Ulpiani *fragmentis libri singular. Regular. Lugd. Batavor.* 1774. 4.)

51) Loc. *not.* 45. cit.

52) S. Passow Handwörterbuch der griech. Sprache h. v.

53) **Observation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 7. pag. 167.**

wechselung, die, wie er sagt, in den alten Handschriften nicht ungewöhnlich sey, und das Wort *vitium*, will er, levi litterarum mutatione facta, wie er sich ausdrückt, in *iudicium* verwandeln. *Aliquod forte iudicium suum* heiße nun soviel, als: cum aliud quid magistratus iudicaverit. Denn *aliquod* für aliud quid komme häufig in den Gutachten der röm. Rechtsgelehrten vor[54]), und sey auch den besten lateinischen Classikern[55]) nicht fremd. Auf diese Art werde sehr treffend das iudicium magistratus dem iudicio patris testatoris gegenübergestellt. Diese Lesart sollen nun aber auch noch die Basiliken[56]) bestärken. Da heiße es:

Οὐ δύναται δὲ κρίνειν ἱκανὸν πραίτωρ, ὃν πατὴρ ἄσωτον εἶπεν.

Non potest autem idoneum iudicare Praetor, quem prodigum dixit pater.

Allein diese Stelle beweist für jene Lesart gar nichts. Denn der Grund, den Tryphoninus anführt, ist ja

54) Cannegieter beruft sich auf *Pet.* Faber Comm. ad Tit. Pand. de Regul. iuris pag. 13. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Tit. *Quod metus causa*. Ich habe bey keinem von Beyden etwas über die angegebene Bedeutung von *aliquod* gefunden. Wohl aber bey *Guil.* Pauw in Observation. iuris civ. Rom. lib. sing. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) Cap. XV. pag. 94. sq. und *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 13. pag. 253. (*Trajecti ad Rhen.* 1747. 8.) Es kommt aber auf diese Bedeutung hier gar nichts an.

55) Ernesti ad Taciti *Annal.* Lib. I. Cap. 4. pag. 12. et 13. soll sie anführen. Es gehört aber hierher nur Not. 5. pag. 12.

56) Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 16. Tom. V. Fabroti pag. 164.

hier gar nicht ausgedrückt, sondern es wird nur gesagt, der Prätor könne den Sohn nicht für tüchtig erklären. Das *κρίνειν ἱκανὸν* ist also nicht mehr und nicht weniger, als was Tryphoninus durch *idoneum putare* ausdrückt. Die Lesart *vitium* ist demnach wohl unstreitig die richtige, wie auch schon Johann Wilhelm Hoffmann[57]) bemerkt hat, welcher ebenfalls in der angeführten Stelle der Basiliken keinen Grund zu einer solchen Emendation des Textes finden konnte. Daher ändert auch Heinr. Joh. Arntzenius[58]) nichts, sondern erklärt blos die Worte *vero consilio* für iusto, aequo consilio, weil der Vater dadurch, daß er den Sohn unter die Curatel setzte, auch für das Wohl seiner Enkel gesorgt hat. Anton Faber[59]) findet nun aber gerade in der richtigern Lesart einen Hauptgrund, die ganze Stelle dem Tribonian zuzueignen. Denn die Schreibart sey viel zu ungebildet, und die Entscheidung nebst dem angeführten Grunde viel zu abgeschmackt und lächerlich, als daß man sie einem so geistvollen röm. Juristen zuschreiben könnte. Der Prätor soll nämlich den Curator schlechterdings bestätigen, den der Vater seinem vermeintlich verschwenderischen Sohne gesetzt hat; also auch wenn der Sohn in der That kein Verschwender wäre. Denn das sey ja der Sinn der Worte: *omnimodo, per omnia iudicium testatoris sequendum est.* Kann man sich, sagt Faber, etwas Thörichteres gedenken? Zwar sey allerdings zu vermuthen, daß der Sohn ein Verschwender seyn müsse, den der Vater in seinem Testamente dafür erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat;

57) Loc. cit. S. Not. 48.

58) Observation. syllog. Cap. 4. (in *Actis Societat. Trajectin.* Tom. I. pag. 141.)

59) Jurispr. Papin. Scient. c. I. pag. 774.

allein ein solches Gewicht könne doch unmöglich auf diese Vermuthung gelegt werden, daß nicht die Wahrheit das Uebergewicht behalte. Selbst dem Staate könne es nicht gleichgültig seyn, wenn einem freyen Bürger wider seinen Willen die eigene Verwaltung seines Vermögens entzogen werde, welcher erweislich kein **prodigus** ist. Noch unbilliger aber erscheine diese Entscheidung von der Seite, daß dadurch dem für einen **prodigus** erklärten Sohne auch zugleich das Recht ein Testament zu machen genommen werde. Warum glaube man denn dem Vater nicht auf sein Wort, wenn er ein Kind aus einer gesetzmäßigen Ursache enterbt, sofern sich das Kind dagegen beschwert? warum erwartet man hier den Beweis der Wahrheit von dem Erben? Kann nicht dort eben so, wie hier, der Sohn vielleicht beym Vater angeschwärzt worden seyn? Aber noch lächerlicher sey der beygefügte Grund: *ne quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus propter aliquod forte vitium suum idoneum putaverit.* Hat das Gesetz eine so gute Meinung vom Vater, daß nicht leicht zu glauben sey, er werde seinen Sohn für einen Verschwender erklären, der kein Verschwender ist; warum denkt das Gesetz dagegen so übel von dem Prätor, der lebendigen Stimme der Gesetze, daß wenn er nach sorgfältiger Untersuchung sich überzeugt hat, der Sohn sey kein Verschwender, und ihn für tüchtig zur eignen Verwaltung seines Vermögens erklärt hat, sein Urtheil einem vitio, das heißt, wie es Faber erklärt, einer Bestechung, oder Partheylichkeit zugeschrieben werden soll? Spricht nicht die Obrigkeit im Namen und an der Stelle des Regenten Recht? Und der Richter soll nicht einmal zur Rettung seiner Ehre mit einem Gegenbeweise gehört werden? Welch eine unerhörte Härte!

Allein wer erkennt nicht gleich auf den ersten Blick die schiefe Ansicht des großen Fabers? Das Gesetz sagt ja: *quem pater* VERO CONSILIO *prodigum credidit.* Es setzt also voraus, der Entschluß und die Verfügung des Vaters gründe sich auf Wahrheit, weil der Vater seinen Sohn besser kennen muß, als der Magistrat. Wenn ferner das Gesetz vom Magistrate sagt: *propter aliquod forte suum vitium*, so wird dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben, daß das Gegentheil nicht bewiesen werden kann. Denn der Gegenbeweis ist ja kein **vitium.** Beruht nun die Verfügung des Vaters auf Wahrheit, die durch einen etwaigen Gegenbeweis nicht wankend gemacht werden kann; so könnte freylich der Richter, der den Curator zu bestätigen hat, vielleicht wegen irgend eines eigenen *vitium*, (Tryphoninus hat sich darüber nicht näher erklärt, man denke sich also darunter, was man will, entweder einen eigenen Fehler des Richters, vielleicht eine schwache Seite, Begünstigung, oder vielleicht gar eigene verschwenderische Haushaltung, denn der griechische Scholiast braucht den Ausdruck *οἰκεῖον ἐλάττωμα*, *domesticum* vitium*) oder vielleicht einen ihm selbst aus der Prodigalitäts-Erklärung entstehenden Nachtheil,) den Sohn für einen zur eigenen Verwaltung seines Vermögens tüchtigen Menschen erklären. Denn das griechische Wort *ἐλάττωμα*, welches der Scholiast gebraucht hat, bedeutet eigentlich nach dem griechischen Lexikon soviel als Verkleinerung, Verringerung, Verlust[60]), von *ἐλαττόω deminuo*, *facio aliquem inferiorem.* Man könnte

*) S. z. B. Valer. Maximus Lib. III. cap. 5. §. 1. u. Heineccii Opusc. minor. pag. 57.

60) S. Schneiders Handwörterbuch der griech. Sprache, bearbeitet von Passow 1. Bd. h. v.

also die Worte: *propter aliquod forte suum vitium* vielleicht auch so erklären, der Prätor möchte etwa den Sohn, wegen irgend eines vielleicht für ihn selbst daraus entstehenden Verlusts, oder Verkleinerung, oder Tadels, (denn auch das Wort *vitium* hat diese Bedeutung bey den Classikern [61]) die Bestätigung versagen, und den Sohn, um seiner eigenen Ehre willen, für idoneus halten. Allein das Wort ἐλάττωμα kommt bey den Griechen auch selbst in der Bedeutung von *vitium* vor [62]), und bezeichnet nicht nur einen physischen, sondern auch einen moralischen oder juristischen Fehler, wie z. B. die mala fides eines Besitzers, als Hinderniß der Usucapion. Man erkläre nun aber die Worte, wie man will, genug der Satz steht fest, die Obrigkeit muß den testamentarischen Curator des Vaters bestätigen, wenn der Sohn vero patris consilio

61) S. Scheller Lexic. voc. *Vitium*, und Ernesti in Clavi Ciceron. voc. *Vitium* sagt: Vitium dicitur, *quicquid in aliquo reprehendi potest*, *aut reprehenditur*, *sive iure*, *sive iniuria*.

62) So braucht Dionysius Halicarn. *Antiquit. Rom.* Lib. V. pag. 295. (edit. Sylburg. *Lipsiae* 1691. f.) den Ausdruck ἐλάττωμα κατὰ τὴν ὄψσιν, *vitium oculi.* und Theophilus *Paraphr. gr. Inst.* Lib. I. Tit. 11. pr. sagt τὸ ἐκ τῆς φύσεως ἐλάττωμα, *naturae vitium.* Besonders wichtig aber ist die Stelle in Constant. Harmenopuli Προχειρον νομων s. *Promptuar. iuris.* Lib. II. Tit. I. §. 39. (in *Supplem. Thesaur. Meermann.* pag. 108.), wo es heißt: Τὰ ἐλαττώματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσιν ἐπὶ τὸν κληρονόμον, i. e. vitia *defuncti ad heredem transeunt*, nämlich in Beziehung auf Usucapion. Vergl. damit *L.* 11. §. 2. *D. de publie. in rem act. L.* 11. *D. de div. tempor. praescript. L.* 11. *C. de acquir. et retin. possess.* (VII. 32.)

für einen Verschwender erklärt worden ist, ohne daß es einer weitern Interdiction bedarf[63]).

Uebrigens findet bei der Confirmation eines testamentarischen Curators eben der Unterschied zwischen Vater und Mutter statt, wie bey der Bestätigung eines Tutors. Hat die Mutter ihren Kindern einen Curator im Testament bestellt, so wird dieser, eben so, wie ein von ihr bestellter Tutor, anders nicht, als nach vorhergegangener Untersuchung, bestätiget. So lehrt Neratius *libro III. Regularum*[64]).

Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

Die Bestätigung des Curators ist aber in jedem Falle so nothwendig, daß wenn ein Vater auch seinem noch unmündigen Kinde einen Curator im Testament gegeben hätte, derselbe doch durch ein Decret der Obrigkeit bestätiget werden muß, wenn gleich der Vater Soldat seyn sollte[65]). So lange die obrigkeitliche Bestätigung nicht erfolgt ist, darf auch der Curator weder wegen Ungehorsams, noch wegen Nachlässigkeit verantwortlich werden, wenn er sich etwa der Verwaltung nicht unterzogen hätte[66]).

63) Vergl. noch *L.* 7. §. 5. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* (V. 70.) *L.* 27. *pr. C. de episcop. audient.* (I. 4.) und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889.

64) *L.* 2. §. 1. *D. de confirm. tut.*

65) *L.* 40. *D. de admin. et peric. tutor.* S. den 29. Th. §. 1310. a. S. 275.

66) S. Donellus Comm. Lib. III. Cap. 19. §. 6.

§. 1390. d.

Cura legitima.

Hat der Vater keinen Curator im Testament gesetzt, so tritt

2) die cura *legitima* ein, jedoch nur bey furiosis und prodigis [67]). Daß schon die XII Tafeln einen furiosus unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gestellt haben, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Cicero [68]) hat uns das Gesetz selbst aufbehalten.

Si furiosus escit [69]), *agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*

67) *L.* 13. *D. h. t. L. ult.* §. 6. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* (V. 70.) *L.* 27. §. *Sin autem. C. de episcop. audient.* (I. 4.)

68) *De invention. rhetor.* Lib. II. cap. 50. *ad Herennium.* Lib. I. cap. 13. Man verbinde damit Cicero *Tusculan. Disputation.* Lib. III. Cap. 5. und *de Republica* Lib. III. Cap. 33. in fin. (edit. Moser. *Francof. ad Moen.* 1826. 8. pag. 402.) Varro *de Re Rust.* Lib. I. cap. 2. auch Paulus *L.* 53. *D. de Verb. Sign.* S. Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente S. 369. ff.

69) Die Anfangsworte dieses Fragments der XII Tafeln werden zwar von Cicero in den angeführten Stellen etwas abweichend bezeichnet. In der ersten Stelle *de inventione* heißt es: Si furiosus est, in der andern *ad Herennium:* Si furiosus existit; und in der dritten aus den *Tuscul. Disputat.* Si furiosus esse incipit. Die Lesart *Si furiosus escit* wird jedoch für die ursprünglich richtige gehalten. Vergl. Schütz Opera rhetor. Ciceronis. Orellius Oper. Ciceron. Vol. I. (*Turici* 1826.) pag. 190. Not. 16. und Heinr. Ed. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fr. 7. S. 374.

Ob aber auch die 12 Tafeln zugleich vom **prodigus** gesprochen, und ob darin von der **cura prodigi** in einer Verbindung mit der **cura furiosi** die Rede gewesen, oder ob über die erstere eine eigne Vorschrift vorhanden gewesen, oder dieselbe blos die Prodigalitätserklärung betroffen habe, ist zweifelhaft. Diejenigen, welche das Gesetz der zwölf Tafeln allein auf die **cura furiosi** beschränken, haben freylich die angeführten Stellen des Cicero für sich [70]). Allein für die Verbindung beyder Curatelen in einem Gesetz streiten nicht unbedeutende Gründe. Sie wird nicht nur durch das überall sichtbare Bestreben der Decemvirn nach Kürze im Ausdruck und Fassung sehr unterstützt, sondern auch die juristischen Classiker setzen immer bey Anführung des Zwölf-Tafel-Gesetzes beyde Arten der Curatel mit einander in die engste Verbindung [71]). Es sind besonders folgende Stellen hier merkwürdig.

ULPIANUS *Fragm. Tit. XII.* **§. 2. Lex duodecim Tabularum** *furiosum, itemque prodigum*, **cui bonis interdictum est, in curatione** *iubet* **esse agnatorum** [72]).

70) Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 239. schreibt deswegen die cura prodigi einer interpretativen Erweiterung Dessen zu, was in den XII Tafeln über die cura furiosi bestimmt war. Man vergleiche jedoch §. 432. Not. 4.

71) S. *Jac.* Gothofredi Notae brevis ad XII Tabb. Tab. V. (in *Thes. Jur. Rom. Ottonian.* Tom. III. pag. 170.) *Jo. Th.* Seger brevis curarum Historia §. 3. et 4. (*Opusculor.* Vol. I. pag. 112. sq.) Dirksen XII Tafel-Fragmente S. 379. und Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 236. S. 887.

72) S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejustin. pag. 605. Schon das Wort *iubet* beweist, daß in den XII Tafeln

§. 3. *Inst. de Curationib.* (I. 23.) Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum *ex Lege duodecim Tabularum.*

L. 13. *D. h. t.* GAJUS *libro III. ad Edictum provinciale.* Saepe ad alium *e lege duodecim tabularum* curatio *furiosi aut prodigi* pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet cum ille *legitimus* inhabilis ad eam rem videatur.

Dahingegen ist kein genügender Grund vorhanden, den XII Tafeln eine eigene Vorschrift über Prodigalitätserklärung selbst zuzuschreiben. Ulpian sagt zwar *libro I. ad Sabinum*[73]):

Lege duodecim Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est.

Allein indem Ulpian das Recht, einem Verschwender die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen, aus den moribus herleitet, deutet er ja damit an, daß dieses Recht älter, als die XII Tafeln sey. Denn so verschiedene Bedeutungen auch das ius *moribus* constitutum hat, so sind doch darin die Rechtsgelehrten einig, daß wenn ein Rechtsinstitut den moribus zugeschrieben wird, welches auch in den XII Tafeln seinen Platz hatte, unter *mores* ein solches Recht verstanden werde, welches schon

von der cura prodigi die Rede gewesen seyn müsse. S. *Jac.* GOTHOFREDI Notae breves ad fragm. XII Tabb. Tab. V. in fin. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 171.)

73) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

unter den Königen galt [74]). Auch Paulus [75]) gedenkt der morum, wenn er sagt:

Moribus per Praetorem bonis interdicitur hoc modo: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re* [76]) *commercioque interdico.*

Ob nun also wohl nicht zu läugnen ist, daß die cura prodigi, cui bonis interdictum est, schon vor den XII Tafeln bekannt war; so scheint doch die vom Paulus uns aufbehaltene Formel so alt nicht zu seyn, sondern ist vielleicht erst nach den XII Tafeln durch die römischen Rechtsgelehrten in dieser Gestalt ausgebildet worden, wie

74) *Ant.* Schulting ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7. Not. 15. (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 341.) hat dieses gegen *Janus a* Costa, und *Jo. Gottl.* Heineccius in Opuscul. minorib. (*Amstelod.* 1738. 8.) pag. 59. gegen Pagenstecher klar bewiesen. Man vergleiche auch *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. und *Jo. Hier.* Hetzer Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. a. et b. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 595.)

75) *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.

76) Einige wollen *aere* lesen, wie auch wirklich einige Codices haben sollen. S. Hugo iur. civ. Antejustin. Tom. I. pag. 134. und Desselben Gesch. des röm. Rechts. S. 124. der 8. Aufl. Allein man vergleiche, was *Ant.* Schulting in Jurisp. vet. Antejust. pag. 342. Not. 24. sehr gründlich erinnert hat, welcher mit Bynkershoek Observat. Lib. III. cap. 21. die Worte ea re im Pluralis durch *iis rebus*, oder *iis bonis* erklärt.

auch Anton Schulting[77]) behauptet. Die Vorschrift der XII Tafeln ging also nicht auf die Prodigalitätserklärung selbst, sondern nur dahin, daß diejenigen, welche von der Obrigkeit für Verschwender erklärt worden sind, in der Curatel ihrer Agnaten und Gentilen seyn sollen, und mehr hat auch wohl Ulpian nicht sagen wollen. Denn eine Interdiction, quae *ipso iure* s. *a lege fit*, läßt sich gar nicht denken, sie ist immer eine Jurisdictions-Handlung. Denn ob Jemand wirklich ein Verschwender sey, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt werden müsse, muß erst untersucht werden, weil dieses mehr **in facto**, als **in iure** beruht. Nur erst dann, wenn die Prodigalitätserklärung geschehen ist, können die Agnaten sich der Curatel unterziehen[78]). In Verbindung der darüber vorhandenen Quellen scheint also das hierher gehörige Gesetz der XII Tafeln nach seinem ganzen Umfange folgenden Inhalts gewesen zu seyn:

Si furiosus escit[79]), *aut prodigus*[80]), *cui bonis interdictum est*[81]), *ast ei custos nec escit*[82]),

77) Jurispr. Antejust. pag. 341. Not. 15.

78) S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. Besonders *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. VI. Th. V. Lit. D. pag. 236. sq. und *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 3. J. de *Curat.* nr. 1.

79) Nach Orellii Lesart bey Cicero *Tusculanar. Disputation.* III. 5. (*Oper. Vol. IV. P. I.* pag. 297. *Turici* 1828.) Man sehe auch oben Not. 69.

80) §. 3. *J. de curationib. L.* 1. *L.* 13. *h. t.*

81) Ulpianus *Fragm. Tit. XII.* §. 2.

82) Diese Worte führt Sext. Pompej. Festus *Fragm. de Verbor. Signif.* voc. Nec an, um damit zu beweisen,

agnatorum gentiliumque [83]) *in eo pecuniave eius* [84]) *potestas esto* [85]).

coniunctionem *Nec* positam esse ab antiquis pro *Non*, ut et in XII. est: AST EI CUSTOS NEC ESCIT. Daß nicht, wie *Ant.* AUGUSTINUS glaubt, *nec esit*, sondern richtiger *nec escit* gelesen werden müsse, hat *Fulv.* URSINUS in Notis in S. Pomp. Festi fragm. pag. 11. edit. 1583. 8. gezeigt. Diese Lesart wird noch mehr durch die bey CUJACIUS Observation. Lib. VII. cap. 18. vorkommenden Beyspiele dieses alten Redegebrauchs bestärkt. Daß aber die vom FESTUS referirten verba legitima dem Inhalt des XII Tafel-Fragments über die Curatel angehören, hat *Jac.* GOTHOFREDUS ad legis XII. Tabular. fragmenta in notis brevib. ad Tab. V. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 172.) gezeigt, und sie so erklärt, daß diese Curatel wegfalle, wenn ein custos, d. h. ein Tutor für solche Personen da ist. Denn daß man diese Worte so verstanden habe, beweist eine Stelle aus Ulpians *libro XXXVII. ad Sabinum*, in welcher es *L.* 3. *pr. D. de tutelis* heißt: Lex duodecim tabularum ita accepta est, *ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* Es ist auch bekannt, daß das Wort *custos* von den Alten für tutor gebraucht worden ist. S. HORATIUS *de arte poetic. v.* 161. PLAUTUS *Mercat. Act. I. Sc. I. v.* 91. Dahingegen kommen die Benennungen von *cura* und *curator* bey den ältesten röm. Gesetzgebern gar nicht vor, sondern sind eine spätere Erfindung der röm. Juristen. S. HETZER Diss. cit. §. III. not. g. Man vergleiche auch Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 432. Not. 4. S. 625. und Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 376.

83) Wenn Paulus *L.* 53. *pr. D. de Verb. Signif.* sagt, das *Que* bey den Worten: AGNATORUM GENTILIUMQUE sey pro separatione zu nehmen, d. h. sey getrennt zu verstehen; so deutet diese Erklärung wohl unstreitig auf unser XII Tafel-Fragment hin, wie Dirksen S. 370. gezeigt hat.

Nach den 12 Tafeln ging jedoch die **cura legitima** nur auf solche **prodigi**, und warum nicht auch **furiosi**,

Nicht unbemerkt kann ich jedoch hierbey lassen, daß gerade das *Que*, welches Paulus hier erklären wollte, in mehreren Ausgaben z. B. bey Merlinus, Hugo a Porta, und mehreren andern, selbst in der Gebauerischen, und der neuesten Beckischen Ausgabe fehlt. Allein man hat, wie CRAMER de Verbor. Significat. ad h. L. 55. pag. 27. not. 7. sehr richtig bemerkt hat, in dem Worte GENTILIUMQUE die Gemination des *Que* nicht beachtet. Man sehe auch Hugo Gesch. des röm. Rechts bis auf Justinian. S. 123. Not. 1. Z. 25. (der 8. Aufl.) und POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. II. Not. b. pag. 637. Der *Gentilium* hat übrigens schon Ulpian in seinen Fragmenten Tit. XII. §. 2. nicht mehr gedacht, weil zu seinen Zeiten das Gentilitätsrecht schon nicht mehr im Gebrauche war. S. *Collat. LL. Mosaicar. et Roman. Tit. XVI.* §. 2. *et* 4. (in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 794. et 798.) und GAJUS *Instit. Comm. III.* §. 17. Daher erwähnt auch Justinian der Gentilen nicht.

84) In den aus CICERO angeführten Stellen heißt es zwar IN EO PECUNIAQUE EJUS, allein sie sprechen alle blos von der cura furiosi. Daß den Agnaten eine potestas über den furiosus und dessen Güter beygelegt war, wird schon von *Cicero de Republica* Lib. III. cap. 33. als etwas Merkwürdiges hervorgehoben. Noch auffallender aber scheint es, wenn CICERO *Tusculanar. Disputation.* Lib. III. cap. 5. sagt: *Qui ita sit adfectus, eum* DOMINUM *esse* RERUM SUARUM *vetant XII Tabulae.* Daher sagt ULPIANUS *L.* 7. §. 11. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) furiosi status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret. Desto weniger aber konnte dem Curator prodigi eine potestas in eo gegeben werden, da dessen potestas sich blos auf das Vermögen (pecunia) beschränkt. S. FABER Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. 3. pag. 754. sq. Roß=

wenn gleich Ulpian[86]) ausdrücklich nur der erstern gedenkt? welche ihren Vater und zwar ab intestato beerbt hatten[87]). Denn bey Freygelassenen, da sie keine Agnaten hatten, oder wo bey den ingenuis die Agnaten nicht tüchtig waren, oder wo sonst das Gesetz nicht für die Curatel gesorgt hatte, wie z. B. im Falle eines Testaments, bestellte der Prätor den Curator[88]).

Hirt Grundlinien des röm. Rechts. §. 47. und den 4. Th. dieses Commentars §. 288. S. 56. f. Darum kann es wohl nicht, wie beym furiosus, *in eo pecuniaque eius*, sondern es muß in dem Fragment, wie GOTHOFREDUS hat, IN EO PECUNIAVE EIUS heißen.

85) Dem GOTHOFREDUS stimmen auch HEINECCIUS in Opuscul. minorib. pag. 69. und Antiquitat. Roman. Lib. I. Tit. 23. §. 2. und SEGER c. l. in *Opusc.* Vol. I. pag. 113. bey.

86) *Fragm. Tit. XII.* §. 3. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 606.) A. Praetore constituitur curator, quem ipse Praetor voluerit, libertinis PRODIGIS, itemque ingenuis, *qui* EX TESTAMENTO *parentis heredes facti*, *male dissipant bona:* his enim EX LEGE curator dari non poterat: cum ingenuus quidem *non ab intestato*, sed *ex testamento* heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. *Jac.* GOTHOFREDUS ad LL. XII. Tabb. bey OTTO Tom. III. Thes. pag. 106. behauptet auch, daß dieses ebenfalls bey den furiosis so gewesen sey.

87) Daher meint *Jac.* GOTHOFREDUS ad Legg. XII. Tabb. in Probationib. ad Tab. V. (*Th. Otton.* Tom. III. pag. 106.) nicht ohne Grund, daß das XII. Tafel-Fragment, welches von der Cura handelt, ein Theil von dem Fragment gewesen sey, welches von der Intestaterbfolge der Agnaten handelte. Man sehe übrigens den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 570. f.

88) Denn im Falle des Testaments war, gleich der legitima

§. 1390. e.

Ist die legitima cura in eine dativa verwandelt worden?

Man will behaupten, daß die cura legitima in der Folge in eine cura dativa sey verwandelt worden, und daß nach dem neuern römischen Rechte die Curatel blos auf obrigkeitlicher Anordnung beruhe, obwohl die Obrigkeit bey Ernennung des Curators die nächsten Verwandten zu berücksichtigen habe, wenn sie zur Curatel tüchtig sind [89]). So will man die Worte Ulpians deuten, wenn er *L.* 1. *pr. h. t.* sagt:

tutela, auch die cura legitima ausgeschlossen. Erst durch die Interpretatio Prudentum ward eingeführt, daß der tutor ex lege eintreten sollte, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber in Absicht auf Tutel ohne Testament verstorben war. §. 2. *J. de legit. agnat. tut.* Bey Kindern, deren Vater testirt hatte, so wie bey Freygelassenen, die auf keine Weise ihren Vater beerbten, galt aber die cura erst, als das Recht des Magistrats zur Ernennung von Dativvormündern anerkannt wurde. S. *Jo.* Cannegieter ad Domit. Ulpiani Fragmenta libri sing. Regular. Tit. 12. §. 3. de Curator. pag. 65. und Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 239. und §. 432. der 2. Aufl. Sollten aber vielleicht unter den ingenuis, *qui ex testamento parentis heredes facti sunt*, emancipirte Kinder zu verstehen seyn? Denn diese hatten so wenig, wie Freygelassene, Agnaten. Dieß ist Höpfners Ansicht im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 223. u. §. 224.

89) S. *Jac.* Cujacius in Notis ad Institut. Tit. de Curator. vv. *Sed Solent.* Besonders Desselben Recitation. solenn. ad Tit. 70. Libri V. Cod. de curat. fur. vel prodigi. *Hub.* Giphanius Comm. in Institut. ad §. 3. de Curator. *Ulr.* Huber Praelection. ad Institut. h. t. §. 6. *Herm.* Vultejus Comm. in Instit. ad §. Sed solent. h. t. *Ev.* Otto Comm. ad §. 3. J. h. t. nr. 4.

Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

Eben so die Stelle Justinians §. 3. *J. de curat.* wo es heißt: Sed solent Romae Praefectus urbi, vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Allein Ulpian[90]) sagt ja ausdrücklich: Curatores aut *legitimi* sunt: id est, qui *ex lege duodecim Tabularum* dantur: aut *honorarii*, id est, qui *a Praetore* constituuntur. Soll also Ulpian nicht mit sich selbst im Widerspruche stehen, so müßte man ein Emblema *Triboniani* annehmen, welches jedoch Jacob. Gothofredus[91]) mit Recht verwirft. Denn auch Gajus unterscheidet ja eben so, wie Ulpian, in der schon oben aus *libro III. ad Edictum provinciale*[92]) angeführten Stelle zwischen einem solchen, dem e lege duodecim Tabularum die curatio furiosi oder prodigi

Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 223. Mackeldey Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. §. 591. (der 8. Ausg.) Albr. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 431. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch. §. 416. der 3. Aufl. und Zöpfl Vergleichung der röm. Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft. §. 15.

90) *Fragm. Tit. XII. de Curator.* §. 1.

91) Ad fragmenta XII. Tabular. in Probat. ad Tab. V. Verb. Prodigus. (*Thes. Otton.* Tom. III. pag. 106.)

92) *L.* 13. *D. h. t.* Eben so unterscheidet Marcellus *L.* 12. *eod.* zwischen agnatus und alius curator.

gebührt, und dem, welchem der Prätor die Curatel überträgt. Gajus bemerkt aber auch zugleich, daß die cura dativa nur in dem Falle eintrete: scilicet *cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*. Hierzu kommt, daß noch Kaiser Anastasius den emancipirten Geschwistern, nachdem er ihnen ein Intestaterbrecht gegeben hatte, die cura furiosorum fratrum et sororum, und zwar, wie er selbst sagt, *pro duodecim tabularum lege* übertragen hat: ne lucrum quidem antea indebitae successionis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videretur [93]. Ja, was noch das stärkste Argument ist, Justinian selbst hat nicht allein die Confirmation des testamentarischen Curators, sondern in dessen Ermangelung auch den Vorzug des legitimi curatoris, quem lex utpote agnatum vocaverit, ausdrücklich sanctionirt, so daß nur eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ein Curator ex iudiciali electione gegeben werden soll [94]. Ganz übereinstimmend mit dem, was oben Gajus sagte. Es scheint nun aber freylich durch die von Ulpian *L.* 1. *h. t.* gebrauchte particula adversativa SED *hodie solent*, das heutige Recht der Lex duodecim tabularum gegenübergestellt zu seyn, welches der Hauptgrund der entgegengesetzten Ansicht ist. Allein man sieht es nun aus der authentischen Interpretation des Kaisers Justinian recht deutlich, daß dieses nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn die legitima cura nicht eintritt, wo denn freylich die Bestellung der

93) *L.* 5. *C. de curatore furiosi vel prodigi* (V. 70.)

94) *L.* 7. §. 6. *C. eodem. L.* 27. *C. de episcopali audient.* (I. 4.)

Curatel immer **ex inquisitione** geschieht, wie es in der Stelle der Institutionen heißt. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase bestärkt uns noch mehr in dieser Ansicht, wenn er sagt:

'Αλλ' ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ τῆς πόλεως ἔπαρχος ἢ ὁ πραίτωρ, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις ὁι ἄρχοντες διδόασι τοῖς μαινομένοις καὶ ἀσώτοις, **ex inqusitione**, *ἤτα ἐκ συξητήσεως, κουράτωρας· ἡνίκα μὴ ὕπεστιν ἀδγνατος, ἢ ὑπὼν ἀνεπιτήδειος ἐστι πρὸς διοίκησιν.*

Wo also die letzten Worte, welche Reitz übersetzt hat, *quando nullus est agnatus*, *aut qui est*, *administrationi non est idoneus*, das näher bestimmen, was Justinian hier nicht, aber in der *L*. 7. §. 6. *C. h. t.* deutlich ausgesprochen hat. Die Nothwendigkeit einer Untersuchung bey der **cura furiosi aut prodigi** führt nun besonders Ulpian *libro. I. de omnibus Tribunalibus*[95]) dem Prätor zu Gemüthe, wenn er daselbst sagt: **Observare Praetorem oportebit, ne cui temere** *citra causae cognitionem plenissimam* **curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.** Eine solche Untersuchung war nöthig, auch selbst wenn die **cura legitima** eintreten sollte. Denn ehe sich die Agnaten der Curatel unterziehen konnten, mußte doch gewiß seyn, ob der, welcher nach dem Gesetz unter ihre Curatel gestellt werden sollte, wirklich **prodigus** oder **furiosus** sey. Die Agnaten könnten ihn ja nur dafür ausgeben, um ihn zu hindern ein Testament

95) *L*. 6. *D. h. t.*

zu machen[96]). Man mußte auch wissen, ob Agnaten vorhanden, und diese auch zur Führung der Curatel tüchtig waren, denn nur in deren Ermangelung bestellte die Obrigkeit den Curator. Dieser Untersuchung ungeachtet, blieb dennoch der nächste dazu geeigenschaftete Agnat der **legitimus curatar**[97]). Nachdem Justinian bey der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat, so ist nun die **cura legitima**, eben so, wie die **legitima tutela**, auch auf die Cognaten zu erstrecken. Die Curatel über den **furiosus** oder **prodigus** gebührt nun dem nächsten zur Uebernehmung derselben tüchtigen Verwandten, ohne Unterschied, er sey Agnat, oder blos Cognat[98]). Als nächster Erbe muß er

96) Ein solches Beyspiel hat PLAUTUS in *Menaechmeo* Act. V. Sc. 2. v. 75—90.

97) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 8—10. *Theod.* MARCILIUS ad §. 3. J. de Curat. bey *Jan. a* COSTA Comm. ad Institut. pag. 120. (edit. *Jo.* VAN DE WATER *Lugduni Batav.* 1719. 4.) *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 21. pag. 555. sq. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 3. J. de Curat. ad vv. *Sed solent. Jo. Hieron.* HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. i. (in FELLENBERG *Jurispr. antiq.* Tom. II. pag. 597. sq.) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. Bd. §. 509. *Chr. Frid.* MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 340. Siegm. Wilh. Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts bis Justin. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889. f.

98) S. DONELLUS cit. loc. §. 10. Vol. II. pag. 237. In der *Nov. CXVIII. Cap.* 5. ist zwar nur von der ἐπιτροπὴ die Rede, welche, wie auch Zimmern a. a. O. §. 236. a. E. S. 890. bemerkt hat, von der κηδεμονία unterschieden wird *Nov. LXXII. cap.* 3. Allein daß diese Ausdrücke, wo nicht gerade von der **tutela** und **cura** zugleich die Rede

aber auch die Curatel übernehmen. Denn die Regel: *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*, findet auch bey der **cura legitima** Statt [99]), obwohl freylich der Grund, daß weder ein **furiosus** noch **prodigus** testiren kann [100]), nicht immer Platz greift [1]).

§. 1390. f.

Cura dativa s. honoraria.

Ist kein **legitimus curator** vorhanden, oder dieser

ist, von Justinian willkührlich und als gleichbedeutend gebraucht werden, ist schon an einem andern Orte, (Th. 30. §. 1329. S. 160.) von mir bemerkt worden. Da nun das Intestaterbrecht mit der cura legitima eben so genau, wie mit der legitima tutela, zusammenhängt, und aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Ansehung derselben (*Nov. CXVIII. cap.* 4.) aufgehoben seyn solle; so wäre es ja sonderbar, wenn derselbe gerade bey der cura legitima noch Statt finden solle, und räthselhaft, warum gerade die Agnaten die Last der Curatel tragen, die Cognaten aber, wenn sie gleich die nächsten Erben des Curanden wären, von dieser Last frey seyn sollten. Man denke an die Verordnung des K. Anastasius *L.* 5. *C. de Curat. fur.* Auch schon Ulpian rechnet es ja *L.* 4. *h. t.* zur pietas parentibus debita, daß der Sohn furiosae matris curationem übernehme, der doch gewiß kein Agnat seiner Mutter ist, wohl aber derselben nach dem damaligen Erbfolge-Rechte ex Senatusconsulto Orphitiano succedirte.

99) *L.* 5. *C. h. t.* S. Hetzer Diss. ad L. Laetor. §. III.

100) §. 1. *et* 2. *J. Quib. non est permissum fac. testam.* (II. 12.) *L.* 18. *D. Qui testam. fac. poss.* (XXVIII. 1.)

1) Wie wenn der furiosus, ehe er in diesen Gemüthszustand verfiel, oder der prodigus vor der Interdictio bonorum testirt hätte? S. §§. 1. *et* 2. *J. citt.* oder der furiosus während eines lichten Zwischenraums testirt? oder der eine, oder der andere Kinder hat?

zur Verwaltung unfähig, so wird, besonders auch in solchen Fällen, von welchen das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach,

3) ein Curator von der Obrigkeit aus eigner freyer Wahl (quem ipse Praetor voluerit) bestellt [2]). Ein solcher Curator wird von Ulpian [3]) *honorarius*, von Modestin [4]) aber *dativus* curator genennt, und es ist wohl mehr der Sitte und dem Prätor, als einer lex zuzuschreiben, daß dem wirklichen furiosus und prodigus, in den Fällen, wovon das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach [5]), und, ohne Rücksicht auf einen curator legitimus, jedem, in welchem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hatte, welche ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er gleich schon über 25 Jahre alt wäre, ein Curator vom Prätor in Rom, und den Statthaltern in den Provinzen nach vorgängiger Untersuchung gegeben werden sollte [6]). Daher heißt es §. 4. *J. h. t.* nachdem Justinian in dem vorhergehenden Paragraphen von der cura legitima gehandelt hatte, und nun die Fälle anführt, wo ein curator dativus zu bestellen ist:

2) S. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1321. S. 471. ff.

3) *Fragm. Tit. XII.* §. 1.

4) *L.* 7. *D. Rem pupilli.* (XLVI. 6.)

5) So sagt z. B. Cicero *Tuscul. Disputat.* Lib. III. cap. 5. Non est scriptum (in XII Tabulis): *Si insanus*, sed: *Si* furiosus. Daher trat im ersten Falle die cura honoraria ein.

6) *L.* 8. §. 3. *L.* 12. *pr. D. de tutor. et curator. dat. L.* 1. 2. 6. 15. *pr. h. t. L.* 1. *C. h. t.* S. den 29. Th. des Commentars a. a. O. S. 471.

Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

In Rücksicht der zur Bestellung der Curatoren competenten Behörden hatten ganz dieselben Grundsätze Statt, welche bey der Tutel oben **Lib. XXVI. Tit. 5.** [7]) vorgekommen sind. Justinian sagt es selbst **§. 1.** ***J. h. t.***

Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus et tutores.

Er nennt **§. 3.** den **Praefectus urbi** und den Prätor für Rom, für die Provinzen die **Praesides**, jedoch, wie er in einem andern Gesetz [8]) noch hinzufügt, mit Zuziehung des Bischofs und **3** Primaten.

Es giebt also wirklich drey Arten der **Cura** eine *testamentaria*, *legitima* und *honoraria* oder *dativa*. Merkwürdig ist es, daß es nach der *Nov. CXVII. c.* **1.** **§. 1.** einem Jeden erlaubt ist, in seinem Testamente einen Curator für das Vermögen zu bestellen, welches er einer minderjährigen, und also auch wohl einer andern Person hinterlassen hat, welche es nicht selbst verwalten kann [9]).

§. 1390. g.

Wer bekommt einen Curator?

Wenn unter der **tutela aetatis** nur **Impuberes** stehen können, welche **sui iuris** sind, so kommt es dagegen

4) bey der Cura auf die Persönlichkeit des Curanden gar nicht an, sondern dieser können, ohne Unter-

7) S. den 29. Th. S. 400 ff.

8) *L. ult.* §. 5. *C. de curat. fur. vel prodigi.*

9) S. Voet **Comm. ad Pand. h. t. §. 2.**

schied des Alters, sie mögen **impuberes**, **puberes**, oder **maiores** seyn, auch ohne Rücksicht auf **patria potestas**, alle unterworfen seyn, welche zur eigenen Verwaltung ihrer Angelegenheiten unfähig, oder daran gehindert sind. Die Curatel kann daher in Ansehung der Personen, welche derselben unterworfen sind, von sehr verschiedener Art seyn.

I. Die *cura* über Unmündige. Es kann nämlich nicht nur einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, in gewissen Fällen, welche an einem andern Orte[10]) angeführt worden sind, ein Curator gegeben werden; sondern auch einem solchen Unmündigen, der noch keinen Tutor hat, obwohl freylich in solchen Fällen, wo der Pupill wegen der **solemnitas iuris** selbst handeln muß, die Unvollständigkeit seiner Person nicht schon durch den nur ein Hinderniß beseitigenden Consens des Curators ergänzt werden kann, sondern ein Tutor ernannt werden muß, in dessen Begleitung ein Selbsthandeln des Pupillen nur durch die ergänzende Kraft der stärkern Auctoritas eines Tutors möglich ist. Dieß ist es, wenn Paulus *libro IX. Responsorum*[11]) sagt:

Curatorem etiam *impuberi* dari posse: sed ad ea, quae *solemnitatem iuris* desiderant, explicanda, *tutore auctore* opus est.

Von einem solchen Curator, dem von Anfange an die Administration des Vermögens eines Unmündigen übertragen worden, ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er *libro XXXVI. ad Edictum*[12]) sagt:

10) S. den 29. Th. des Commentars §. 1302. S. 125—153.

11) *L.* 19. *D. de auctoritate et cons. tutor. et curat.* Vergl. auch *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* (XLIX. 1.)

12) *L.* 9. §. 9. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

Qui datus est simpliciter tutor *pupillo* vel *curator*, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur: quamvis soleat ad augmentum dari curator.

Hiermit stimmt denn auch die Vergleichung überein, welche Hermogenian *libro I. iuris Epitomarum*[13]) zwischen einem *curator* furiosi, itemque prodigi, *pupillive* mit einem bloßen Curator bonorum ventrisque anstellt, wenn er jenen eine plena rerum administratio, den beyden letztern aber eine sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio zuschreibt[14]).

II. Die Cura über Minderjährige. Da von dieser schon an mehreren Orten gehandelt worden ist, so bleibt sie hier, wie auch schon die Rubrik dieses Titels andeutet, ausgeschlossen.

III. Die Cura über Rasende und Wahnsinnige. Cura *furiosorum* und *mentecaptorum* s. *insanorum*. Beyde waren darin unterschieden, daß jene in der Regel eine legitima, diese aber eine dativa war. Diese Curatel setzt jedoch immer eine vorgängige genaue, mit Zuziehung von zwey verpflichteten Aerzten anzustellende Untersuchung über den Gemüthszustand des für wahn- oder blödsinnig angesprochenen Subjects, welche auf den entweder von Seiten der Verwandten desselben, oder von Seiten der Polizei geschehenen, und durch bestimmte und hinlänglich bescheinigte Angaben von Thatsachen begründe-

13) *L.* 48. *D. eodem.* S. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Hermogenian. ad h. L. pag. 264—269.

14) S. von Löhr von der Cura über Unmündige; (im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung. 3. B. 4. Heft. Nr. XIII. S. 433—454. und Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 431. S. 623. f. (der 2. Ausg.)

ten Antrag veranlaßt worden, und eine auf den Grund dieser Untersuchung ausgesprochene Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung des competenten, d. h. des ordentlichen persönlichen Richters voraus[15]). Solange jedoch der Curand noch seines Alters wegen einen Vormund hat, kann keine von beyden eintreten, denn es kann eigentlich nur dann erst davon die Rede seyn, wenn der Wahnsinnige über 25 Jahre alt ist. An einen Unterschied, ob der Wahnsinnige **minor** oder **maior XXV. annis** sey, dachten wohl freylich die Zwölf-Tafel-Gesetze noch nicht[16]); allein durch eine Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla, nicht Marcus Antoninus[17]), ward sanctionirt, was vermuthlich schon durch die Interpretation eingeführt war, daß bey einem verstandlosen Minderjährigen, eben so wie bey einem solchen Pupillen, mehr das Alter, als der Wahnsinn berücksichtiget, und also der Curator dem Minderjährigen **non ut furioso**, sondern **ut adolescenti** gegeben werden solle. So belehrt uns hierüber Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum*[18]):

15) S. Lotz civilistische Abhandlungen. (Coburg und Leipzig 1820. 8.) S. 217 ff.

16) S. Hugo Rechtsgesch. S. 123. der 8. Aufl. und *Jac.* Oiselius ad *Gaji* Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. not. 7. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 67.).

17) S. *Ant.* Schulting ad *Gaji* Epit. Institution. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. pag. 67.

18) *L.* 3. §. 1. *D. de tutelis. Ant.* Faber in Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 6. pag. 685. sqq. hat hier nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen finden wollen. Allein *Franc. de* Amaya Observation. iuris Lib. I. Cap. 8. pag. 51—55 (*Genevae* 1633. 4.) hat mir die Mühe erspart, diese Grille des großen Fabers

Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, *curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum:* et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem: et ita Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit: *cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Die vom Ulpian hier angeführte Constitution des Kaisers Antoninus ist vielleicht die nämliche, welche im Codex *L.* 1. *h. t.* (V. 70.) folgendermaßen lautet:

Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui. PP. IV. Kal. August. MESSALA et SABINO *Conss.* 215.

Daß bey einem minderjährigen Wahnsinnigen das Alter entscheiden mußte, war auch ganz consequent, nachdem die cura minorum einmal eingeführt war, und da diese cura erst nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen eingeführt wurde; so ist auch begreiflich, warum nach denselben es nicht darauf ankommen konnte, ob der furiosus minor, oder maior XXV. annis sey. Es ist aber auch der Unterschied nicht unbedeutend, indem die cura minorum sich erst mit dem 25sten Jahre, die cura furiosi aber sich endiget, sobald der furiosus den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat. Ist ihm nun der Curator seines minderjährigen Alters wegen gegeben, so dauert die Curatel fort, bis der Pflegbefohlne die Großjährigkeit erreicht

zu widerlegen, die auch schon *Osw.* HILLIGER in *Donello enucleato* Lib. III. Cap. 18. Lit. C. pag 164. gerügt, aber nicht so, wie AMAYA, widerlegt hatte.

hat, wenn ihn auch der Wahnsinn schon früher verlassen hätte; sie hört aber auch auf mit dem Eintritt der Großjährigkeit, wenn gleich der Großjährigġewordene noch fortwährend wahnsinnig bliebe. Es tritt nun die **cura furiosi** oder **mente capti** ein [19]). Bey der **cura aetatis** bedarf es auch keiner weitern Untersuchung des Gemüthszustandes, welche hingegen bey der **cura furiosi** erfordert wird [20]).

IV. Die Cura über Verschwender. Daß darunter diejenigen verstanden werden, welchen wegen ihrer verschwenderischen Lebensart die eigene Verwaltung ihres Vermögens von der Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung untersagt worden ist, leidet keinen Zweifel. Nur von diesen ist auch hier die Rede [21]). Wenn nun aber die

19) S. *Hug.* Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 12. (Vol. II. pag. 226. edit. *Norimb.* 1805. 8.) Eine ganz verkehrte Ansicht hat *Ant.* Faber in Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 14. pag. 775.

20) *L.* 6. *D. h. t.* S. Voet Comm h. t. §. 2. (proprius a fine.)

21) S. *Aug. a* Leyser de prodigis, in *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXLIX. pag. 573 — 576. *Ern. Christ.* Westphal Resp. Quid requiratur, ut pro prodigo quis declarari possit? in Desselben Rechtsgutachten Nr. 2. S. 226 — 235. Fried. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. Giessen und Darmstadt 1803. 8. *R. J. U. de* Wael Diss. de prodigis. *Groening.* 1806. 4. *G. Th. J.* Wickerlink Diss. de cura prodigorum secund. princip. iur. Rom. et hod. *Lugd. Batavor.* 1821. 4. und F. C. Gesterding Cura prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswald 1826. 8.) Nr. II. S. 47 — 70.

Frage entsteht: Wer wegen seiner unwirthschaftlichen Lebensart gerichtlich für einen Verschwender erklärt werden könne? so beantwortet Ulpian[22]) dieselbe auf folgende Art:

Si Praetores vel Praesides talem hominem invenerint, ***qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit.***

So verschieden nun auch diese Worte Ulpians erklärt werden, so ist doch so viel gewiß, daß nicht jeder schlechter Haushalter, auch nicht jeder, der sich dem Spiele, oder Trunke ergeben hat, sogleich für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt werden könne. Denn auf diese alle paßt der Begriff Ulpians nicht. Dieser geht auf übermäßigen Aufwand, der mit der Größe des Vermögens und dem Einkommen dessen, der ihn macht, in keinem Verhältniß steht, und daher, wenn ihm nicht Einhalt gethan wird, zur Verarmung führen muß[23]), oder, wie Westphal[24]) sich ganz richtig ausdrückt, wenn Jemand mehr ausgiebt und verthut, als er nach seiner Einnahme thun kann, so ist er für einen Verschwender zu halten, der unter die Curatel zu setzen ist. Die Prodigalitäts-Erklärung geschieht von dem ordentlichen Richter des Verschwenders[25]), und auch diese darf eben so wenig, als eine Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung, von richterlichen Amts wegen ohne vorgängigen Antrag der nächsten

22) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

23) Gesterding angef. Abhandl. §. 2. S. 55. ff.

24) Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 1. S. 146.

25) S. Hoppe angef. Versuch. §. 7.

Verwandten des angeblich verschwenderischen Hauswirths, oder von Seiten der Polizey geschehen, welcher durch eine bestimmte Angabe von speciellen Thatsachen einer verschwenderischen Wirthschaftsführung begründet seyn muß. Nur erst dann, wenn bey einer sorgfältigen Untersuchung die angegebenen Thatsachen als wahr befunden worden, und der als Verschwender angegebene bey seiner Vernehmung, welche hier schlechterdings nöthig ist, zur Rechtfertigung der ihm zur Last gelegten Thatsachen etwas Erhebliches anzuführen nicht im Stande gewesen, kann er in einem sofort zu ertheilenden Erkenntnisse für einen Verschwender erklärt, und ihm ein Vormund bestellt werden [26]), ohne Unterschied, das Individuum sey eine Manns- oder Frauensperson [27]). Denn Paulus sagt *libro III. Sententiarum* [28]):

Et mulieri, quae luxuriose [29]) vivit, bonis interdici potest.

26) S. Lotz civilistische Abhandlungen. Nr. VI. §. 10. ff. S. 222. ff. Auch bey Prodigalitätserklärungen findet jedoch das Rechtsmittel der Appellation Statt. S. Lotz §. 17. S. 227. ff. Man vergleiche noch vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten. Tit. 38.

27) Voet Comm. h. t. §. 12. und *Jo. a* Sande de prohib. rerum alienat. P. II. Cap. 2.

28) *L.* 15. *D. h. t.*

29) Das Wort *luxuriose* will zwar *Jac.* Cujacius ad *Julii Pauli* Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 6. durch libidinose et turpiter erklären, und also dieses Gesetz von einer meretrix verstehen. Allein das Wort *luxuria* wird von den Classikern im recht eigentlichen Sinne von der prodigalitas gebraucht, wie *Guil.* Fornerius Selection.

So lange nun die Prodigalitätserklärung nicht erfolgt ist, sind noch alle die von dem Verschwender sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall vorgenommene Rechtshandlungen gültig, und können nicht angefochten werden [30]), während die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind,

Lib. II. Cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 51.) und *Eman. Soarez a* Ribeira Observation. iuris Lib. I. Cap. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. V. pag. 568.) aus vielen Stellen der Alten bewiesen haben. *Mulier, quae* luxuriose *vivit*, ist also keine Hure, sondern eine solche Frauensperson, quae *profuse* vivit, quae vitam prodigam agit, foemina patrimonii decoctrix, eine Verschwenderin, wie *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed praeter furiosos* (*Opp.* Tom. II. pag. 589.) *Ant.* Schulting ad dict. locum *Pauli* Not. 14. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 340.) Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. 1. Not. d. und *Bav.* Voorda Thes. controvers. Decad. XXVIII. Th. 7. dieses Gesetz richtiger erklärt haben.

30) §. 2. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten der Meinung, daß dem Verschwender, als solchem, gegen die Contracte, die er vor der Prodigalitätserklärung geschlossen hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden könne, weil der Verschwender in den Gesetzen einem Minderjährigen gleichgeachtet werde. *L.* 19. *in fin. D. de rebus auctor. iud. possid. L.* 3. *C. de in int. restit. minor.* S. Fachinaeus Controv. Op. Lib. II. cap. 68. Allein diese Meinung ist ungegründet. Die angeführten Gesetze reden von einem Verschwender, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt ist. Sie wird daher mit Recht verworfen. S. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 29. §. 4. sqq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 5. S. 49 f.

wenn ihm auch gleich noch kein Curator gegeben worden ist [31]). Anderer Meinung ist zwar freylich Hugo Donellus [32]). Er will in Hinsicht auf die Fähigkeit zur Verwaltung des Vermögens keinen Unterschied zwischen einem Verschwender und Wahnsinnigen Statt finden lassen. So wie also die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind, auch ehe demselben ein Curator gesetzt worden ist, eben so auch die Handlungen eines Verschwenders, weil ihm schon deswegen allein, weil er Verschwender ist, das Gesetz die eigene Verwaltung seines Vermögens untersage, ohne erst durch ein obrigkeitliches Decret für einen Verschwender erklärt zu seyn. Ulpian sage dieses ganz bestimmt *L.* 1. *pr. D. h. t.* LEGE *duodecim Tabularum* prodigo interdicitur bonorum suorum administratione; und in einer aus eben dem *Libro I.* ULPIANI *ad Sabinum* genommenen Stelle, nämlich *L.* 18. *pr. D. Qui testam. facere poss.* heiße es in Beziehung auf die Testamentifaction: Is, *cui* LEGE *bonis interdictum est*, testamentum facere non potest, et si fecerit, *ipso iure* non valet. In beyden Stellen werde ex professo von der Interdiction gehandelt, und diese nicht der Obrigkeit, sondern ausdrücklich dem Gesetz allein zugeschrieben. Denn *lege interdici* könne nicht anders verstanden werden, als *lege sola* interdici, nec *Praetoris interdictionem* desiderari. Wenn also Justinian §. 2. *J. Quibus non est permiss. facere testam.* sage: Item prodigus, cui bonorum suorum administratio inter-

31) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und *Jo. a* SANDE de prohibita Rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 3. et 15.

32) Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. ad L. 6. h. t. pag. 55. sqq. (*Francof.* 1599. f.)

dicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est; so sey der Beysatz: *cui bonis interdictum est*, nicht zum Unterschiede beygefügt, als ob es einige Verschwender gebe, denen die Verwaltung ihres Vermögens untersagt ist, und andere, denen sie nicht untersagt ist, sondern die angeführten Worte seyen nur zur Erläuterung und gleichsam als ein Grund beygefügt, warum der Verschwender nicht testiren könne. Der Sinn sey also nur der: prodigus, *ut cui bonorum suorum administratio interdicta est*, oder *quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est*, testamentum facere non potest; und die folgenden Worte: Sed id, quod ante fecerit, etc. seyen nun so zu erklären: Sed id, quod ante fecit prodigus, id est, *is*, *qui nunc prodigus est*, *et cui ob id est bonis interdictum*, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret bonorum interdictio, id est, *quam vere esset prodigus*, ratum est. Das Resultat seiner Meinung geht also dahin: jeder natürliche Verschwender, auf den der Begriff eines Verschwenders paßt, sey auch eo ipso, in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen, nach dem Geist der Gesetze schon ein juridischer Verschwender, wenn er auch gleich noch durch kein obrigkeitliches Decret dafür erklärt worden ist. Ich übergehe gern die Gründe, die Donellus noch für die Billigkeit seiner Meinung mit einer unnöthigen Ausführlichkeit hinzugefügt hat, denn es scheint mir ganz auf sie zu passen, was Virgil sagt:

— — *animum pictura pascit inani.*

Hat denn der große Rechtsgelehrte nicht eingesehen, daß ein blos natürlicher Verschwender, dem die eigene Ver-

waltung seines Vermögens nicht von der Obrigkeit untersagt, und unter die Curatel gesetzt worden, ein juristisches Unding ist? Und die Gesetze selbst sollten ein solches Unding geschaffen haben? Der Begriff von Verschwendung ist ja bekanntlich ein sehr relativer; für den Einen ist diese Ausgabe eine Verschwendung, für den Andern ist sie nach der Größe seines Vermögens ein gewöhnlicher Luxusartikel. Es kommt also alles auf den Vermögens-Etat des Individuums an, welches der Verschwendung verdächtig ist. Die Beurtheilung aber, ob dieses Individuum juristisch für einen Verschwender zu erklären sey, kann ja kein Act der gesetzlichen, sondern nur der richterlichen Reflexion seyn. Also nicht das Gesetz selbst kann einen Menschen für einen Verschwender erklären, sondern nur den Richter berechtigen, denjenigen, auf den nach der bisherigen Führung seines Haushalts der Begriff eines Verschwenders paßt, die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen. Und welche Behutsamkeit hat nicht auch hier der Richter zu beobachten nöthig, um nicht durch ein vorschnelles Verfahren einem Menschen an seiner Ehre und Credit zu schaden? Denn Jemandem aufs Gerathewohl die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, ist ein gewaltsamer Eingriff in die Freyheit und das Eigenthumsrecht des Staatsbürgers. Der Richter, der hier, ohne sich genau informirt zu haben, verfährt, würde sich offenbar einer Injurienklage aussetzen. Mann lasse sich doch ja nicht täuschen, als ob die Gesetze gegen diese vernünftige Ansicht Etwas sanctionirt hätten. Nein, wenn das Gesetz dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens untersagt, wie es in den oben angeführten Stellen heißt; so will es ja auch natürlich, daß die Verwaltung desselben einem Andern übertragen werde, das heißt, es

muß ihm ein Curator gesetzt werden. Diesen hat nun entweder das Gesetz selbst berufen, wie z. B. die Agnaten und nächsten Verwandten, wenn sie dazu tüchtig sind, welche denn auch zuvörderst für die Prodigalitäts-Erklärung zu sorgen haben; oder der Richter setzt den Curator, nach vorgängiger genauer Untersuchung der Sache, selbst. Lege *prodigo interdicitur bonorum suorum administratione*, heißt also nicht, *lege ipsa, lege sola prodigo bonis* **interdicitur**, *auctoritate iudicis* **vel non accedente**; denn alsdann behielte ja der Verschwender nach wie vor die Verwaltung seines Vermögens, und könnte so, wie bisher, fortwirthschaften, bis er sich zum Bettelstabe herabgewirthschaftet hätte; wer möchte dem Gesetz einen solchen Unsinn beylegen? sondern es heißt *lege permittente* **prodigo interdicitur a magistratu bonorum suorum administratione.** Daß dieses aber auch der wahre Sinn der Gesetze sey, erscheint ganz klar aus folgenden Gesetzstellen.

L. **12. §. 2.** *D. de tutoribus et curat. dat.* ULPIANUS *libro III. de officio Proconsulis.* **DIVUS PIUS matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba:** *Non est novum, quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.*

L. **10.** *D. h. t.* ULPIANUS *libro XVI. ad Edictum.* **JULIANUS scribit, eos,** *quibus per Praeto-*

rem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, *quia in bonis non habeant*[33]), *cum eis deminutio sit interdicta.*

Die Gesetze halten es also für billig, für diejenigen zu sorgen, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. Würden sie aber wohl ihren Zweck erreichen, wenn man sie so verstehen wollte, daß ihre Interdiction allein hinreichend sey, ohne dem Verschwender einen Curator zu setzen, der durch Verwaltung des Vermögens der Verschwendung desselben Einhalt thut? Und setzt denn nicht Julian den Grund,

33) Vielleicht ist das eben so zu verstehen, als wenn Cicero *Tuscul. Disputation. Lib. III. cap.* 5. vom furiosus sagt: Qui ita sit affectus, eum *dominum* esse rerum suarum vetant duodecim Tabulae; welches nicht so viel heißt, als ob der furiosus aufhöre Eigenthümer seiner Güter zu seyn, sondern er könne nur, so lange er in diesem Zustande der Raserey sich befindet, sein Eigenthum nicht selbst ausüben. Daher glaubt *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Eius vero* (Opp. Tom. II. pag. 590.) es müsse vielleicht richtiger heißen: quia *ius* in bonis non habeant. Ein Fehler, der vielleicht ex Siglis, quia J. in bonis non habent, welches von dem Abschreiber übersehen worden, entstanden seyn könne. Noch leichter aber hat vielleicht das *ius* übersehen werden können, wenn man mit Bynkershöck in der Gebauerischen Ausgabe liest: quia in bonis *ius* non habeant. Doch meint auch Bynkershöck, es ließe sich gewissermaßen sagen, prodigum nihil habere in bonis, nämlich in Rücksicht der Dispositions-Fähigkeit, weil ein Verschwender nicht veräußern kann, welches doch eine vorzügliche Eigenschaft des Eigenthums ist. So versteht diese Stelle auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. b. pag. 166. Daher lesen auch mehrere Ausgaben z. B. Baudoza, und Merlinus: quia in bonis *nihil* habent.

warum ein Verschwender nicht veräußern kann, ausdrücklich darin, weil ihm die Verminderung seines Vermögens vom Prätor untersagt worden ist? Nun denke man sich noch, welch einer zahllosen Menge von Prozessen, ja welchen Betrügereyen der Weg gebahnt werden würde, wenn man die Meinung des großen Donellus in der Praxis geltend machen wollte. Ja könnte nicht auch Habsucht, Neid, und Bosheit hier eine reiche Quelle entdecken und benutzen, dem Credit eines ehrlichen Mannes zu schaden? Gründe genug, daß Niemand, der **sui iuris** ist, in der freyen Disposition über sein Vermögen gestört werden dürfe, so lang ihn nicht der Richter nach reiflicher Ueberlegung förmlich für einen Verschwender erklärt hat. Es ist nun auch fast nicht mehr zu bemerken nöthig, daß in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten häufig dem Gesetz zugeschrieben wird, was doch nothwendig einen Richterspruch erfordert[34]). Sehr richtig urtheilte schon einer unserer angesehensten Practiker, David Mevius[35]), wenn er sich hierüber folgendermaßen erklärt hat.

Lex in genere administrationem bonorum prodigis adimit, et, ut singulis auferatur, sua vi effecit, unde ei, tanquam primae et mediatae causae, tribuitur. Cum autem, quis prodigus sit, in individuo Lex demonstrare non valeat, sed pro variis personarum, temporum, rerum, eventuum locorumque circumstantiis id varie definiendum, et indignum, pri-

34) *L. ult. D. ad L. Corn. de falso. L.* 4. §. 5. *D. ad L. Jul. peculat. L.* 6. §. 1. *L.* 7. §. 3. *D. ad L. Jul. repetundar. L.* 2. §. 3. *D. de his, qui not. inf.*

35) **Commentar. in ius Lubecense. Lib. I. Tit. X. Artic. V. nr. 2. et 3. pag. 264.**

vato permittere famosum prodigalitatis iudicium, aut quod cum profusionis non manifesto contraxerit, imputare, declaratio Magistratus, qua prodigum pronunciet, requiritur, cuius respectu a Praetore interdici dicitur.

Der Fehlschluß, den man hier von einem Wahnsinnigen auf den Verschwender gemacht hat, ist auch, so wie der Unterschied zwischen beyden, selbst in Beziehung auf das Vermögen, so einleuchtend, daß hierüber auch nur ein Wort zu verlieren Zeitverschwendung seyn würde, da dieß von Andern[36]) schon zur Genüge gezeigt worden ist. Dennoch hat die Meinung des Donellus bey mehreren, besonders bey Andreas Fachineus[37]) und Helfr. Ulr. Hunnius[38]) Beyfall gefunden; allein von den meisten Rechtsgelehrten[39]) ist sie mit Recht verworfen worden.

Daß die richterliche Prodigalitätserklärung öffentlich

36) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. et §. 7 — 9. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Theil §. 301.

37) Controvers. Op. Lib. II. Cap. 63.

38) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 20. pag. 231 — 233.

39) *Paul.* Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXVIII. nr. 43 — 47. *Ever.* Bronchorst Εναντιοφανων. Cent. I. Assert. 34. *Jo.* Goeddaeus de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 134. sq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. pag. 556. besonders *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 27. (*Bruxellis* 1745. f. Tom. I. pag. 34. sqq.) und *Sam. de* Cocceji Jur. civ. controv. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. Qu. 3. pag. 242.

bekannt gemacht werde, darin sind alle Rechtsgelehrten[40]) einverstanden. Zwar paßt die Gesetzstelle, *L.* **11.** **§. 2.** ***D. de institor. act.*** welche man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, eigentlich nicht. Denn sie spricht von einem Handlungsfactor, zwischen welchem und einem gerichtlich erklärten Verschwender noch ein großer Unterschied ist[41]). Es erfordert vielmehr die Sicherheit des Publikums eine solche öffentliche Bekanntmachung zur Warnung desselben. Daher muß die Bekanntmachung nicht nur an dem Orte geschehen, wo der pro prodigo Erklärte seinen eigentlichen Wohnsitz hat, sondern auch da, wohin der vorzüglichste Wirkungskreis des Verschwenders ging. Sie ist denn auch außerhalb Landes von Wirkung[42]). Während der Untersuchung über die Prodigalität eines Individuums sind zwar dem Richter zweckmäßige Vorbeugungsmittel gegen ferneren Vermögensverfall allerdings erlaubt[43]); allein eine dem guten Namen und Credit eines Menschen, der sich gegen den wider ihn streitenden Schein doch vielleicht noch rechtfertigen könnte, nachtheilige Bekanntmachung findet nicht Statt. Auch kann sich eine blos provisorische Verfügung, da doch der Ausgang der Untersuchung immer noch zweifelhaft ist, nicht bis zur gänzlichen Entziehung der Administration und des Genus-

40) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *Jo. a* Sande de prohibita rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 8. Hoppe von jurid. Verschwendern. §. 5. S. 45. u. 48.

41) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. I. cap. 28. §. 15.

42) Voet h. t. §. 11. Hoppe angef. Schrift. S. 48. S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts S. 97. f.

43) S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 4. Bd. Nr. LXXIX. §. 38. S. 362. (der 2. Aufl. Erlangen 1805.)

ses seines Vermögens erstrecken. Diese kann erst mit der Prodigalitätserklärung erfolgen. Wohl aber können in einzelnen Fällen diejenigen, von denen bekannt wird, daß sie mit ihm sich in Contracte einlassen wollen, wegen der wider ihn obwaltenden auf Prodigalitätserklärung gerichteten Untersuchung gewarnt werden. Wie nun aber wenn ein solcher Mensch, der wegen angezeigter Verschwendung in gerichtliche Untersuchung gerathen ist, der provisorischen Vorkehrungen ungeachtet, Etwas von seinem Vermögen veräußert haben sollte, ist diese Veräußerung bey nachher erfolgter Prodigalitätserklärung für nichtig zu achten? Die Annullirung einer solchen Veräußerung scheint an sich kein Bedenken zu haben. Denn eine Vergleichung zwischen dem Vermögen eines der Prodigalität wegen gerichtlich Angeklagten, und einer **res litigiosa**, über welche während des Prozesses nicht disponirt werden kann[44]), läßt sich wohl vertheidigen. Es kommt denn auch nichts darauf an, ob der Dritte von der Lage des Veräußernden Wissenschaft gehabt hat, oder nicht[45]). **Qui enim cum alio contrahit**, sagt Ulpian *libro XXIV. ad Sabinum*[46]), **vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius**[47]). Wären aber während der Untersuchung

44) *L.* 2. *L.* 4. *C. de litigiosis.* (VIII. 37.) S. Schweppe römisches Privatrecht. 1. Th. §. 162. a. der 4. Aufl.

45) *L.* 4. *pr. et* §. 1. *Cod. de litig.*

46) *L.* 19. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

47) Lotz in den civilist. Abhandlungen. S. 226. nimmt jedoch den Fall aus, wenn das Geschäft auf Seiten des Verschwenders auf keiner Freygebigkeit beruht, und der Dritte, welcher sich mit ihm auf den Grund eines lästigen Vertrags einließ, eidlich erhärten kann, daß er nicht gewußt habe, daß der Verschwender seiner Prodigalität wegen bereits gerichtlich angeklagt gewesen sey.

gar keine interimistische Vorkehrungen von Seiten des Gerichts getroffen worden, so kann der Angeschuldigte, so lange der Prozeß noch schwebt, nicht als positiv gesetzlich erwiesener Verschwender betrachtet werden. Er würde aber so behandelt, wenn die mit ihm geschlossenen Contracte annullirt werden sollten [48]). Die Prodigalitätserklärung kann aber keine zurückwirkende Kraft haben, auch dann nicht, wenn der Verschwender notorisch, als solcher, bekannt seyn sollte [49]).

V. Die Curatel über Personen, welche an einem körperlichen Gebrechen leiden, nämlich Taube, Stumme, Blinde, und andere Gebrechliche, oder beständig kranke Personen, die dadurch gehindert werden, ihren Angelegenheiten selbst vorzustehen [50]). Diese ist eine bloße Dativ-Curatel, welche in der Regel nur auf deren Verlangen angeordnet zu werden pflegt [51]). Sie ist denn auch bloße Beyhülfe, und beschränkt den Curanden nicht, so weit er derselben nicht bedarf [52]). Nur Taubstumme, die sich durch verständliche Zeichen nicht auszudrücken vermö-

48) S. Ernst. Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. 13. Bd. S. 304. ff.

49) S. Hoppe angef. Schrift. S. 49. f. Merenda Controv. iuris Lib. I. cap 27. §. 9. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile est*, in fin. pag. 589.

50) §. 4. *J. de Curat. L.* 12. *pr. D. de tutor. et curat. dat. L.* 2. *D. h. t.*

51) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 227. sqq. edit. noviss. *Norimberg.* 1805. 8.)

52) Voet Comm. h. t. §. 13. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 746.

gen, kann auch wohl auf den Antrag der Verwandten ein Curator von der Obrigkeit bestellt werden [53]).

VI. Die Cura über Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind. So lange Kinder in väterlicher Gewalt sind, kann eigentlich von keiner Vormundschaft über dieselben die Rede seyn [54]). Allein wenn Jemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt ist, ein Vermögen zuwendet, z. B. sie zum Erben einsetzt, oder beschenkt, und zwar so, daß der Vater den Nießbrauch und die Verwaltung desselben nicht haben soll; so kann er, wenn diese Person noch nicht das Alter erreicht hat, daß sie ihr Vermögen selbst verwalten kann, in seinem Testamente einen Curator bestellen, und dieser kann denn auch sogar der Mutter oder Großmutter die Verwaltung überlassen, wenn sie dieselbe übernehmen wollen. In Ermangelung desselben kann die competente Obrigkeit einen Curator ernennen. Es gehört hierher die *Nov. CXVII. Cap.* 1. §. 1. welche nach Hombergks Uebersetzung folgenden Inhalts ist.

Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictae vel donatae sunt, (sc. *ut pater in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat*) si quidem perfectae aetatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectae aetatis sint, ab eo administrentur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam aetatem ve-

53) *L.* 2. *D. h. t.*

54) *L.* 6. §. 4. *D. de tutelis. L.* 7. *pr. Cod. de curat. furiosi vel prodigi.*

niant: licentiam habente testatore, vel donatore, earum administrationem matri, vel aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis dictae mulieres maritos habeant: ita tamen, si illae administrationem suscipere velint. Quod si is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

Eben so kann auch ein minderjähriger Haussohn, der eine ihm angefallene Erbschaft gegen den Willen des Vaters angetreten hat, zur Verwaltung derselben, um einen Curator bey der Obrigkeit bitten.

L. 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liberis.* (VI. 61.) Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et hereditate ei delata, pater consentire adeunti hereditatem noluerit, — patre autem recusante filius adire maluerit, damus quidem licentiam ei hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare propter causae necessitatem: habeat facultatem filius adire competentem iudicem, et ab eo petere curatorem hereditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat.

§. 1390. h.

Wer kann Curator seyn?

Soviel 5) die Person der Curatoren betrifft; so kön-

nen alle diejenigen auch Curatoren seyn, welche eine Tutel zu führen fähig sind, sofern ihnen nicht ein besonderes gesetzliches Verbot entgegensteht [55]). Wer also nicht **tutor** seyn kann, kann auch nicht zum Curator bestellt werden. Jedoch ist in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel das Besondere, daß nach dem röm. Rechte der Mann nicht Curator seiner Frau, und auch der Bräutigam nicht Curator seiner Braut seyn kann [56]). Der Grund ist nicht sowohl, weil man besorgt, der Frau möchte, wenn der Mann die Curatel schlecht verwaltet hat, demselben die Nachlässigkeit verzeihen, und ihm die Entschädigungsverbindlichkeit erlassen; denn das wäre eine Schenkung, welche ohnehin unter den Ehegatten nicht gilt; sondern weil es einen Unfrieden unter den Ehegatten verursachen würde, wenn die Frau Rechnungsablegung von ihrem Manne verlangen wollte, welchen doch die Gesetze auf alle mögliche Art unter den Ehegatten verhütet wissen wollen [57]). Der Hauptgrund scheint aber besonders der zu seyn, weil ja diese Curatel in Widerstreit mit dem Verbote der Ehe zwischen dem Curator und seiner Pflegbefohlnen gerathen würde [58]). Denn auf dieses Eheverbot ist ja jenes Verbot der Curatel

55) S. **Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 232. (Vol. II. edit. noviss.** ***Norimb.*****)** und ***Ger.*** **Noodt Comment. ad Dig. h. t. §.** ***Quaerentibus.***

56) ***L.*** **14.** ***D. h. t. L.*** **2.** ***C. Qui dare tutor.*** **(V. 34.)** ***L.*** **1. §. 5.** ***D. de Excusat.*** S. den **29.** Th. **§. 1301.** S. **110.** ff. und Th. **31.** S. **191.** Vergl. auch ***Reinh.*** **Bachovius ad** ***Treutlerum*** **Vol. II. P. I. Disp. IX. Corollar. pag. 502.**

57) S. ***Ant.*** **Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 5. pag. 763.**

58) S. **Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 167.**

gegründet[59]), und es läßt sich daher der heutige Gebrauch dieses Verbots mit Grund nicht bezweifeln[60]). Es kann jedoch auch der Schwiegervater nicht Curator seiner Schwiegertochter seyn. In der Oration des Kaisers Marcus vom Verbote der Ehe zwischen dem Vormund und seiner Pflegbefohlnen war zwar von diesem Falle wörtlich nichts enthalten; allein man wendete sie doch auch auf diesen Fall an, weil man besorgte, die Schwiegertochter möchte sich eben so scheuen, von ihrem Schwiegervater, so wie die Frau von ihrem Manne, Ablegung der Rechnung zu verlangen. Daher rescribiren die Kaiser Gallienus und Valerianus *L.* 17. *C. de excusation. tutor.*

59) S. *Fragm. Vatican. de Excusatione* §. 201. Erit haec etiam excusatio, *si quis uxori suae curator datur.* Nam sicuti Senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius tutor vel curator fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare, divus Severus *Flavio Severiano* rescripsit. Und §. 202. Item Proinde, si cui fuerit pupilla a patre desponsa, non debet ei tutor dari, ne nuptiae impediantur, et datus excusabitur; et si sponsae suae curator fuerit datus, debebit excusari, nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. S. *de* Buchholtz Commentar. in Vatic. Fragmenta pag. 155.

60) S. besonders *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Progr. ad orationem D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. *Lipsiae* 1783. 4. Das Gegentheil behaupten zwar *Jo. Ortw.* Westenberg in D. Marco. Diss. XLV. §. 33. pag. 394. und *Christ. Henr.* Breuning Diss. de tutore sponso pupillae. *Lips.* 1769. Allein Püttmann hat diese Meinung in der angef. Schrift pag. 17—20. ausführlich widerlegt. Man sehe jedoch auch *Ge. Steph.* Wiesand Opuscula (*Lipsiae* 1782.) Specim. VI. pag. 74. sqq.

Licet orationis sub *divo* MARCO habitae verba deficiant: *is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet*, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat[61]).

Es fragt sich aber, ob der Sohn zum Curator seiner blödsinnigen oder verschwenderischen Eltern bestellt werden könne[62])? Daß ein Sohn Curator seines Vaters seyn könne, wenn der Vater seinen Geschäften nicht mehr selbst vorstehen kann, hat an sich keinen Zweifel, wie Ulpian *libro III. de officio Proconsulis*[63]) sagt. Celsus hielt zwar dieß mit mehreren andern für unanständig. Allein der Kaiser Divus Pius rescribirte an den Justius Celer, und eben so rescribirten auch die *Divi Fratres*, es sey besser und naturgemäßer, daß der Sohn, wenn er ein rechtlicher Mann und

61) Diese labes pudoris bezieht sich auf die angedrohete Strafe der Infamie. *L.* 4. *Cod. de excusat. tutor. et curat.* S. den 29. Th. des Commentars §. 1301. S. 110.

62) S. *Christ. Lud.* CRELL Observationes de filio patris aut matris curatore: ad *L.* 1. §. 1. *D. de curat. fur.* *Vitembergae* 1754. 4.

63) *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. de tutor. et curator. dat.* His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit. — Nec dubitabit, filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud CELSUM, et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen divus PIUS *Justio Celeri*, item *divi Fratres* rescripserunt: filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. *Jac.* CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 37. hat aus alten Inschriften erwiesen, daß statt *Justio*, *Instio Celeri* gelesen werden müsse.

guter Hauswirth ist, als daß ein Fremder dem Vater zum Curator bestellt werde. Denn deswegen zeugen wir ja Söhne, sagt Plato[64]), daß sie in unserm hülflosen Alter für uns sorgen, und uns mit ihrem Rath und Hülfe unterstützen sollen, und Quinctilian[65]) bemerkt sehr richtig: **quod omnium sit votum parentum, ut honestiores, quam sint ipsi, liberos habeant.** Man kann auch zu dem Sohne das Vertrauen haben, daß er für seinen Vater besser sorgen werde, als ein Fremder. Mit Ulpian stimmt Paulus vollkommen überein, wenn er *libro I. de officio Proconsulis*[66]) sagt:

Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit: *nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.*

Soviel nun aber insbesondere die aufgeworfene Frage betrifft; so theilen sich hier die Meinungen der Rechtsgelehrten. Einige[67]) behaupten, der Sohn könne zwar die Curatel über den wahnsinnigen Vater führen, aber nie dürfe demselben die Curatel über den Vater überlassen werden, wenn dieser **pro prodigo** erklärt worden ist.

64) *Gorgias*, Oper. a *Frid.* Astio editor. Tom. I. pag. 293. in fin.

65) Instit. orator. Lib. XI. Cap. I. pag. 980. (edit. *Burman.*)

66) *L.* 2. *D. h. t.*

67) Domat les loix civil. dans leur ordre natur. Tom. II. Liv. II. Tit. II. Sect. I. §. 11. Schweppe röm. Privatrecht. §. 746. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 416. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1651. Not. c. Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 887. S. 141.

Andere [68]) hingegen machen keinen Unterschied, sondern behaupten, daß dem Sohne, wenn er nur sonst zur Führung der Curatel tüchtig ist, sowohl die **cura furiosi** als **prodigi** über die Eltern überlassen werden könne. Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen würde wohl freylich die **cura furiosi** weniger Schwierigkeit finden, als die **cura prodigi parentis**. Denn wir haben in diesem Titel einige Stellen, welche gar keinen Zweifel übrig lassen, daß die **curatio in patre furioso** sowohl, als die **furiosae matris curatio** dem Sohne überlassen werden könne. Hierher gehört

1) die Stelle aus ULPIANI *libro I. ad Sabinum* [69]), welche folgendermaßen lautet: **Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.** ***Sed exstat Divi*** **PII** ***rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam*** [70]) ***probus sit.***

68) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 3. (Vol. II. edit. noviss. *Norimberg.* pag. 233.) *Ulr.* HUBER Praelection. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 6. in fin. *Hieron.* ALEANDER ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 67.) *Ant.* FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 3. pag. 762. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Quaerentibus* pag. 590. CRELL cit. Diss. Obs. VII. und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. Bd. §. 509.

69) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

70) Einige Ausgaben, z. B. die des Robert Stephanus und des Petrus ab Area Baudoza Cestius, lesen: *si tamen,* und dieß hält *Jo. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 342. für die richtige Lesart. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Quae-*

2) Die Stelle aus Ulpianus *libro XXXVIII. ad Sabinum*[71]): Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequalis[72]) debetur.

rentibus (*Opp.* Tom. II. pag. 590.) meint hingegen, daß das *tam* hier für valde genommen werde, so wie es auch *L.* 24. §. 1. *D. de minorib.* in dieser Bedeutung vorkommt. Daß diese Bedeutung auch den röm. Classikern nicht fremd sey, habe, nach Ausonius Popma de usu antiquar. locution. Lib. II. cap. 1. *Frid.* Taubmann ad *Plauti* Mostellar. Act. IV. Sc. II. v. 9. pag. 566. lit. C. (*Vitebergae* 1612. 4.) aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Allein es ist kein hinreichender Grund vorhanden, von der florentinischen Lesart, und dem gemeinen Sprachgebrauche abzuweichen. Unter den Worten: *si tam probus sit*, muß man sich nur, wie sich von selbst versteht, denken, ut sc. curatio patris ei tuto permitti possit, wie auch Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Digesta s. Pand. Tom. IV. (*Lugd. Batav.* 1823. 8.) ad h. L. §. 1. pag. 506. sehr richtig bemerkt hat. Diese Erklärung stimmt auch mit den *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162. überein, wo es heißt: οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, i. e. *si filii eorum* idonei *sint.* Denn ἱκανος heißt so viel, als tüchtig, fähig, geschickt, im Stande. S. Passow griech. Lexikon. h. v.

71) *L.* 4. *D. h. t.*

72) Mehrere Rechtsgelehrten haben in diesen Worten die bekannte Redefigur finden wollen, welche man Liptotes nennt, wo mehr gesagt worden, als verstanden werden soll. Denn es sey bekannt, daß die Mutter gar keine potestas in liberos habe. *L.* 5. *C. de adopt.* (VIII. 48.) Ulpian. *Fragm. Tit. VIII.* §. 8. Es könne also auch Ulpianus Meinung nicht seyn, ihr wenigstens einige potestas in liberos einzuräumen. S. *Ger.* Noodt Observation. Lib. II.

Zweifelhafter ist die **curatio parentis prodigi.** Nun sagt zwar freylich Ulpian in der angeführten ersten Stelle:

Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.

Allein dieß kann doch wohl nur soviel heißen, ehemals habe man Bedenken getragen, dem Sohne die Curatel über seinen für einen Verschwender erklärten Vater zu überlassen. Warum? Ulpian sagt uns dieses selbst in der oben vorgekommenen *L.* **12.** **§. 1.** *D. de tutor. et curator. dat.* Celsus und mehrere Andere hätten es für unschicklich gehalten, **patrem a filio regi.** Dieß konnte doch wohl nur hauptsächlich auf den Fall sich beziehen, wenn der Vater für einen Verschwender erklärt worden ist. Denn wer hätte sonst darin etwas Unanständiges finden können, wenn der Vater wegen Altersschwäche, oder wegen Blindheit, oder wegen Blödsinns, eines Curators benöthigt ist, und die Obrigkeit für rathsamer hält, die Curatel dem Sohne, als einem Fremden, zu übertragen? War hingegen der Vater **pro prodigo** erklärt worden, so gab es größern Anstoß, dem Sohne die Curatel über den Vater zu überlassen. Hier widersprach Celsus,

Cap. 15. und Desselben Julius Paulus cap. 7. auch *Jo. van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 342. und *L. A.* Hamberger Opusc. iurid. pag. 185. Allein daß das neuere römische Recht der Mutter allerdings einige Gewalt über die Kinder einräumt, z. B. in Ansehung der Bestellung eines testamentarischen Vormundes, und in andern Fällen, hat Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 10. gezeigt. Ich bemerke nur noch, daß statt aequalis debetur, wie Haloander, und die meisten Ausgaben lesen, die florentinische Ausgabe *aequa debebitur* hat.

und mehrere stimmten ihm bey, *quasi indecorum sit, patrem a filio regi.* Schon dieser Grund zeigt, daß ein solcher Fall gemeint sey, wo der Vater seiner bewußt ist, und weiß, was mit ihm vorgeht. Daher sagte auch Fabianus beym Seneca [73]): *In hoc enim latam esse legem, ut pater a filio sanari deberet, non ut regi.* Und wie wenn sich auch der Sohn selbst, durch das Beyspiel des Vaters verführt, eine verschwenderische Lebensart angewöhnt haben sollte? Wir finden ja ein solches Beyspiel bey Seneca [74]), wo der Vater, wie der Sohn, Verschwender waren. Dennoch, sagt Ulpian, hätten die *Divi Fratres*, so wie *Divus* PIUS an den Justius Celer rescribirt:

filium, si SOBRIE *vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Der Ausdruck *sobrie vivere* ist hier nicht ohne Bedeutung. Er wird dem *luxuriose vivere* entgegengesetzt, welcher Ausdruck *L.* 15. *h. t.* vorkommt. Eine Stelle aus Cicero [75]) setzt diesen Gegensatz ausser Zweifel. Er sagt: *Intelligemus, quam sit turpe diffluere,* LUXURIA, *et delicate ac molliter vivere, quamque honestum — parce, continenter, severe,* SOBRIE. Sollte also nicht schon die Voraussetzung auf Seiten des Sohns, *si* SOBRIE *vivat*, wofern er zum Curator seines Vaters bestellt werden soll, auf den Fall hindeuten, wenn der Vater ein verschwenderisches Leben führt? Es wird sogar für besser gehalten, dem Sohne die Curatel zu übertragen, als einem Fremden. Unstreitig weil er besser für

73) *Controvers.* Lib. II. *Controv.* 11. *in Divis.*

74) *Controvers. XIV.*

75) *De Officiis* Lib. I. Cap. 30. nr. 106.

die Erhaltung des Vermögens sorgen wird, als ein Fremder. Dieß ist auch gewiß dem Wunsche der Eltern gemäß, **qui malunt curatione filiorum defendi,** sagt Crell [76]), **quam extraneis se committere, et illorum iniuriam cum gemitu ac dolore exspectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel divitias suas invidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effoetae senectutis. Quare gaudent senes illi, si** ***a filiis*** **administrentur bona sua, quae** ***filiorum causa*** **ab illis comparata sunt, et quorum hereditatem, filiis in primis, destinaverunt** [77]). Da also auch dieser Fall nicht ausgenommen ist, so konnte Ulpian mit Recht ganz allgemein sagen: ***Nec dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare.*** Und dieser besonnene Ulpian sollte sich selbst widersprochen haben, wenn er ***L.*** **1. §. 1.** ***D. h. t.*** sagt: **Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio** ***negabatur*** **permittenda?** Wie konnte man denn so ganz übersehen, daß Ulpian davon spricht, was man ehemals für bedenklich hielt? ***Filio*** **NEGABATUR** ***permittenda***, sagt er ja ausdrücklich, und deutet damit gewiß auf die Meinung des Celsus und vieler andern hin, welche es für unschicklich hielten, **patrem a filio regi**, wie er sich in der andern Stelle darüber ausführlicher geäußert hat. Spräche Ulpian vom noch bestehenden Rechte, warum sagte er nicht: ***filio*** **NEGATUR** ***permittenda?*** Daß aber Ulpian wirklich nur sagen wollte, was ehemals vielen bedenklich geschienen, jetzt aber nicht mehr so sey, erhellet nun noch vollends aus dem Nachsatze.

76) **Diss. cit. Observ. VI.** S. auch **Obs. VII.**

77) ***L.*** **15.** ***D. de inoff. testam.***

Sed *extat Divi* Pii *rescriptum*, filio potius curationem permittendam in patre furioso, *si tam probus sit.*

Dieß ist ja das nämliche Rescript, welches Ulpian in der andern Stelle noch bestimmter angeführt hat, ein Rescript an den Justius Celer, wodurch *Divus* Pius, sich über die Meinung der Alten hinwegsetzend, welche das Wort *regi* gewiß in dem ganz unschicklichen Sinne für imperare genommen hatten, eine Bedeutung, welche dem Begriff der Curatel offenbar widerspricht, ganz allgemein sanctionirte:

filium, si sobrie *vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.*

Freylich hat man sich durch die Worte: filio potius curationem permittendam *in patre furioso*, si tam probus sit, täuschen lassen. Diese Worte hat man nun sicher so verstanden, eher könne man dem Sohne die Curatel über seinen wahnsinnigen Vater überlassen, als über einen solchen Vater, welcher von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt worden ist. Allein wenn das Rescript des Divus Pius, so wie der *divorum fratrum*, wirklich nur auf die cura furiosi beschränkt seyn sollte, warum sagte denn Ulpian dort kein Wörtchen davon, wo er die Frage, ob der Sohn zum Curator seines Vaters bestellt werden könne, hauptsächlich erörtern wollte? Warum stellte er dort den ganz allgemeinen Satz auf:

Non dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare;

ohne zu unterscheiden, ob der Vater furiosus oder prodigus sey? Daß also Ulpian gerade hier sagt, *in*

patre furioso, kann den Fall der cura prodigi nicht ausschließen. Denn Ulpian hatte ja kurz vorher gesagt, prodigo, *cui bonis interdicitur*, curatorem dari *exemplo furiosi;* und Seneca[78]) sagt mit Recht: luxuriosus adolescens peccat: *senex luxuriosus insanit.* Das *potius* curationem permittendam, geht auch gar nicht auf die cura furiosi, sondern soll nur das ausdrücken, was Ulpian in dem andern Fragment bestimmter sagte: *filium* patri curatorem dandum magis, quam extraneum. Also das *filio* POTIUS *curationem permittendam*, heißt nichts anders, als es sey besser, dem Sohne die Curatel über seinen Vater zu übertragen, als einem Fremden. Meine Ansicht bestätigen endlich auch die Basiliken[79]), in welchen der Sinn der *L.* 1. *h. t.* so ausgedrückt worden ist:

Τῷ ἀσώτῳ μήτε μέτρον, μήτε καιρὸν, ἐπισταμένῳ δαπάνης, δίδοται πρὸς μίμησιν τοῦ μαινομένου κουράτωρ· — Οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, κηδεμονεύειν αὐτῶν ὀφείλουσιν.

Prodigo, qui neque modum, neque tempus expensarum novit, ad exemplum furiosi curator datur. — Filii autem eorum, si idonei sint, curationem eorum suscipere debent.

Ob übrigens der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht, darauf kommt nichts an, wenn er nur sonst brav ist[80]). Denn die Gesetze betrachten eine solche

78) *Lib. II. Controvers. XIV. alt. pars.*

79) *Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit.* 10. *Const.* 1. pag. 162.

80) S. *Ant.* FABER Jurispr. Papinian. Tit. VIII. Princ. VII. Illat. 12. pag. 329.

Curatel mehr aus dem Gesichtspunct einer kindlichen Liebespflicht, als einer **potestas**[81]). Daher sagt Crell[82]), der Sohn sey sogar zur Uebernehmung der Curatel über seine Eltern verbunden, und könne im Verweigerungsfalle mit dem Verlust der Erbschaft derselben bestraft werden. Sein Grund ist, weil der Sohn schuldig sey, seine Eltern zu ernähren[83]); er müsse also auch dafür sorgen, daß sie nicht verarmen, sondern das Vermögen erhalten werde, welches ihnen den Unterhalt gewährt. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Denn die *L.* **1.** *h. t.* spricht blos von einer Erlaubniß: *permittendam* **esse filio curationem patris.** Die *L.* **3.** *C. de curat. furiosi* aber redet nur von der Erbittung eines Curators für den Vater. Kaiser Gordian rescribirt daselbst:

Si pater tuus mentis compos non est, *pete ei curatores*, **per quos, si quid gestum est, quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui possit.**

Die *Nov. CXV. Cap.* **3.** §. **12.** sieht es nun zwar als eine grobe Undankbarkeit an, wenn sich die Kinder ihrer in Wahnsinn verfallenen Eltern nicht annehmen, weshalb sie mit dem Verlust der elterlichen Erbschaft bestraft werden können. Allein daß sie die Curatel über sie selbst übernehmen sollen, befiehlt das Gesetz nicht; genug also wenn sie für ihre Pflege und Wartung sorgen, so daß es ihnen an nichts gebricht, und wofern sie selbst die

81) S. Crell Diss. cit. Obs. VI. et VII.

82) Diss. cit. Obs. VI. et VII. pag. 29.

83) *L.* 5. *pr. D. de agnosc. et alend. liber.* *L.* 1. *C. de alend. liber. et parent.* (V. 25.) *L.* 8. §. 5. *C. de bonis, quae liberis* (VI. 60.) *Nov. CVII. cap.* 7. *in fin.*

Verwaltung des Vermögens nicht übernehmen können, oder wollen, um die Ernennung eines Curators bitten.

§. 1390. i.

Erbittung der Curatoren. Wenn ist sie nöthig?

Noch entsteht 5) die Frage, ob es auch bey der Curatel der Mündigen, so wie bey der Tutel oder Curatel der Unmündigen [84]), Fälle gebe, wo Jemand verpflichtet seyn könne, den Richter aufzufordern, daß er demjenigen, welcher desselben bedürftig ist, einen Curator bestelle? Hugo Donellus [85]) hat diese Frage mit Recht verneinet. Die Verbindlichkeit zur petitio fällt also in der Regel hier weg [86]). Denn es giebt kein Gesetz, welches hier so, wie bey der vernachläßigten Pflicht der Erbittung von Tutoren oder Curatoren für Unmündige, eine Strafe gedrohet hätte. Das Gegentheil lehren vielmehr die Gesetze [87]) ausdrücklich. Nur bey der Mutter machen die Gesetze eine Ausnahme, welche auch einem wahnsinnigen Kinde einen Curator zu erbitten nicht versäumen darf, wenn es auch nicht mehr unmündig ist, wofern sie nicht in die Strafe des Gesetzes verfallen will [88]). Daß hingegen Verwandte und Freunde, oder auch Fremde,

84) S. den 30. Th. des Commentars §. 1323. S. 87. ff.

85) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 13. p. 239. sq. (Vol. II. edit. noviss. *Norimberg.*)

86) Voet Comm. h. t. §. 2. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 743. Vergl. auch den 30. Th. des Commentars. §. 1323. S. 87.

87) *L.* 1. *D. Qui pet. tutor. vel curator. L.* 2. §. 29. *et* 30. *D. ad SCtum Tertull. L.* 6. *Cod. Qui petant. tutor. vel curator.* (V. 31.)

88) *L.* 2. §. 31. *D. ad Sctum. Tertull.*

welche dabey interessirt sind, bey der competenten Obrigkeit auf die Bestellung eines Curators in einem benöthigten Falle antragen können, ist schon oben bey der **cura furiosorum** und **prodigorum** bemerkt worden. Es entsteht aber hier wieder die Frage, ob der Sohn selbst dazu berechtiget sey? Sind die Eltern in Wahnsinn verfallen, so leidet die Erbittung keinen Zweifel. Denn dafür spricht die oben angeführte Constitution des Kaisers Gordianus[89]), man lese nur in der Inscription derselben *Aureliae*, oder *Aurelio*, oder *Aureliano*. Sofern jedoch der Sohn die Curatel nicht selbst übernehmen will, oder kann, so würde er wenigstens auf die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit antragen müssen, wie ich bereits bemerkt habe. Kann aber auch der Sohn den Antrag machen, daß dem Vater, als einem Verschwender, die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt, und derselbe unter Curatel gesetzt werde? Daß der Prätor einem solchen Antrage Gehör gegeben, lehrt ein merkwürdiges Beyspiel bey Valerius Maximus[90]). Seine Worte sind:

C. Licinius cognomine *Hoplomachus*, a Praetore postulavit, ut patri suo bonis, tanquam ea dissipanti, interdiceretur. Et quidem, quod petierat, impetravit.

Auch Fabius Quinctilianus[91]) tadelt dieses an sich nicht, empfiehlt nur dem Sohne Mäßigung und Be-

89) *L.* 3. *C. de curat. furios. vel prod.*

90) *Exemplor. memorabil.* Lib. VIII. Cap. 6. Ex. 1.

91) *Institut. orator.* Lib. XI. Cap. 1. (Tom. I. pag. 974. edit. *Burmann.* et Volum. IV. pag. 262. nr. 58. edit. *Spalding.*)

scheidenheit, welche die Ehrfurcht gegen den Vater nicht verletzt. Der Sohn soll sein Bedauern über den Zustand des Vaters bezeigen, und die traurige Nothwendigkeit seiner Pflicht vorstellen, und dieses alles zwar nur mit wenig Worten, aber doch auf eine Art aussprechen, welche zeigt, daß ihm die Sache zu Herzen gehe, möge ihm der Vater deswegen auch noch so harte Vorwürfe machen. **Praeter hoc tamen**, sagt der treffliche Lehrer der Beredsamkeit, **quod est commune**, ***propriam moderationem*** **quaedam causae desiderant.** ***Quapropter et qui curationem bonorum patris postulabit, doleat eius valetudine: et quamlibet gravia filio pater obiecturus***, ***miserrimam sibi ostendat esse hanc ipsam necessitatem:*** **nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam** ***vere dicere*** **appareat.** Diesen Fall berührt auch Seneca in seinen Controversen [92]). Er läßt den Sohn durch Seleucius ermahnen, nur ja nicht die Schattenseite des Vaters zu grell zu berühren, sondern den Fehler des Alten lieber von der Seite einer Gemüthskrankheit darzustellen, als ihn geradezu Verschwendung zu nennen. **Minime solere patri objici** ***luxuriam***, sagt daselbst Seleucius, **non magis, quam avaritiam, quam iracundiam.** ***Non vitia patris accusari solere***, ***sed morbum: et***, ***si possit aliquid praeter dementiam objici patri***, ***luxuriam non posse.*** Es darf auch der Sohn selbst kein Verschwender seyn. **An, si ob hoc pater accusari potest, possit a tali filio?** so läßt Seneca den Seleucius weiter sprechen. **Hic vitiorum exprobratio. Si ebrietatem objicere solet**

92) *Lib. II. Controv.* 14. (*Oper.* Tom. III. pag. 209. edit. *Gronov.*)

ebrius: si petulantiam, iniuriae damnatus: et iam, si ob hoc accusari potest, etiam a tali filio [93])? Es ist also hier anzuwenden, was Labeo bey Ulpian [94]) gebeut, *in factum verbis temperandam esse actionem*, ne dolus malus ac nequitia patri facile obiiciatur. Die Formel: *Quando tibi bona* NEQUITIA *tua disperdis*, welche sonst bey der Prodigalitäts-Erklärung gebräuchlich war, würde also hier gar nicht passen. Doch hat Crell [95]) wohl Recht, wenn er sagt: Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari. Dieser traurigen Pflicht überhebt aber das musterhafte allgemeine Preußische Landrecht [96]) den Sohn, wenn es verordnet:

„Kinder können ihren Eltern nur, wenn dieselben wegen Wahn- oder Blödsinnes; nicht aber, wenn sie wegen Verschwendung unter Vormundschaft genommen werden müssen, zu Vormündern bestellt werden."

§. 1390. k.

Was haben Tutel und Curatel mit einander gemein?

Im übrigen folgt die Curatel den Grundsätzen der Tutel [97]), nämlich was die Pflichten bey Uebernehmung des Amts, besonders der Satisdation [98]), ferner bey der

93) Ich bin hier Gronovs Emendation gefolgt, weil die gemeine Lesart keinen richtigen Sinn giebt.

94) *L.* 11. §. 1. *in fin. D. de dolo malo.*

95) Cit. Diss. Obs. VII. pag. 30.

96) Vergl. den 2. Th. Tit. 18. §. 196.

97) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

98) *Princ. J. de satisdat. tutor. et curat. L.* 1. *Cod. de*

Verwaltung desselben [99]) betrifft, auch wenn mehrere Curatoren zugleich bestellt worden sind [100]), nicht minder bey der Veräußerung der Güter des Curanden [1]), und eben so gelten auch hinsichtlich der Excusation von der Curatel, wenige Abweichungen ausgenommen [2]), die schon oben vorgekommen sind, so wie der Absetzung der Curatoren ganz dieselben Grundsätze, die wir schon bey der Tutel kennen gelernt haben, wie auch die Rubriken der in den Institutionen, Pandecten und Codex davon handelnden Titel beweisen. Endlich ist auch in Ansehung der Bestätigung, zumal nach deutschen Rechten, kein Unterschied mehr zwischen Tutoren und Curatoren, indem jetzt alle

tutore, vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.) Bey einer ex inquisitione geschehenen Bestellung des Curators fällt sie jedoch weg. *L.* 8. *D. h. t.* Man sehe übrigens Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 20. §. 7. (Vol. II. pag. 243.) und den 30. Th. des Commentars §. 1329. a. S. 161. ff.

99) *L.* 4. §. 24. *et* 25. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) *L.* 22. *C. de pact.* S. Donellus Commentar. c. l. Cap. 21. pag. 244. sqq. und den 30. Th. Lib. XXVI. Tit. 7. S. 148. ff.

100) *L.* 3. *pr. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* *L.* 7. §. 3. *D. h. t.*

1) *L.* 8. §. 1. *L.* 11. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* *L.* 10. §. 1. *L.* 11. *L.* 12. *L.* 17. *D. h. t.* *L.* 2. *C. de curat. furiosi vel prodigi.* S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 9. et 10. pag. 764—767. und den 32. Th. des Commentars. Lib. XXVII. Tit. 9. S. 444. ff.

2) §. 18. *et* §. 19. *J. de Excusat.* *L.* 1. *C. Quando tutores vel curat. esse desin.* (V. 60.) S. Donellus Lib. III. Cap. 20. §. 3. et 4.

Vormünder, ohne Unterschied, von der Obrigkeit bestätigt werden müssen [3]).

§. 1390. l.

Erklärung der *L.* 7. §. 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

Einige hierher gehörige Stellen dieses Titels verdienen jedoch noch eine nähere Betrachtung. Merkwürdig ist

1) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* JULIANUS *libro XXI. Digestorum.* Curator dementi datus, decreto interposito, ut satisdaret, non cavit, et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur: *si non curator vendiderit*, replicatio dari debet: *aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit.* Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, *triplicatio doli*, tutos possessores praestabit.

Julian handelt hier von den Folgen einer nicht geleisteten Satisdation (rem salvam fore) hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß. Der dem Blödsinnigen gegebene Curator hatte nämlich die ihm durch ein Decret auferlegte Caution nicht geleistet, dennoch aber Sachen von dem Vermögen seines Curanden verkauft, und zwar *legitimo modo*, d. h. mit Beobachtung der gesetzlichen Form. Der griechische Scholiast [4]) erklärt es μετὰ δεκρέτου. Die Veräußerung war aber demungeachtet ungültig, weil sie von einem Curator geschehen war, der keine Satisdation geleistet hatte. Denn ohne diese Caution ist kein Vormund

3) S. den 29. Th. §. 1312. S. 305. ff.

4) *Basilic.* Tom. V. pag. 169. Schol. g.

zu einer Veräußerung berechtigt[5]). Er kann gar nicht als legitimus administrator betrachtet werden, seine Handlungen sind daher ipso iure nichtig[6]). Die Erben des Blödsinnigen konnten also mit Recht die veräußerten Sachen vindiciren. Setzen ihnen die Besitzer derselben die Einrede entgegen, der Curator habe ihnen die Sachen auf gesetzmäßige Art verkauft; (*si non curator legitimo modo eas res vendidit*) so können sie repliciren, der Curator habe nicht dem Decret gemäß Caution geleistet, die Veräußerung sey daher nichtig; (*aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*[7]). Hätte jedoch der Curator mit

5) *L. ult. C. de tutore vel curat. qui satis non ded.* (V. 42.)

6) *L.* 4. *C. In quib. causis in integr. restitut. necess. non est.* (II. 41.)

7) *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 148.) behauptet, es müsse: *at si* non *satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*, gelesen werden. So hat auch der griechische Scholiast loc. cit. pag. 169. die Replik gefaßt: ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἱκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν ὁ πεπρακὼς σοι τὸ πρᾶγμα: i. e. *At si* non *satisdedit secundum decretum is, qui vendidit tibi rem.* Nochmals heißt es Sch. l. pag. 170. ἀλλ' εἰ μὴ ἱκανὰ οὐκ ἔδωκεν: i. e. *At si non satisdedit.* Non liest auch die Glosse, und eben so mehrere Ausgaben, als die des Robert Stephanus, und Baudoza Cestius. In der Ausgabe des Merlinus ist das *non* eingeklammert. Die affirmative Fassung der Replik mit der einleitenden Formel *aut si*, so wie sie in der florentinischen und den meisten andern Ausgaben ausgedrückt ist, vertheidigt jedoch *Aug. Guil.* Heffter ad *Gaji* Institution. Commentar. IV. s. de Actionibus. §. 126. p. XLIX. sq.

dem von den Käufern der Sachen erhaltenen Gelde die Gläubiger des Blödsinnigen befriediget; so sind die Besitzer derselben geborgen. Denn nun steht den Erben die triplicatio oder eigentlich die *duplicatio doli mali*[8]) entgegen, weil der Blödsinnige dadurch von seinen Schulden befreyt worden ist. *Si non pretio ex venditione redacto, quod curatori numeratum, aes alienum furiosi exsolutum est*[9]).

2) *L.* 7. §. 2. *h. t.* **Cum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret[10]), Proconsul[11]) removerit a bonis, aliumque loco eius**

Man sehe auch Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts 3. B. (od. Desselben röm. Civilprozeß in geschichtlicher Entwickelung bis auf Justinian. Heidelb. 1829.) §. 93.

8) §. 1. *J. de Replicationib.* (IV. 14.) *L.* 2. §. 3. *D. de Exception.* (XLIV. 1.)

9) Der griechische Scholiast sagt a. a. O. Sch. g. pag. 169. *ἐὰν δὲ λαβὼν τὸ τίμημα οὗτος ὁ κουράτωρ, δανεισταῖς τοῦ μαινομένου κατέβαλεν αὐτὸ, τριπλικατίονα ἀπο δόλου δίδοται τῷ ἀγοραστῇ καὶ ἀσφαλίζεται αὐτὸν νεμόμενον τὸ πεπραμένον αὐτῷ πρᾶγμα*: i. e. *Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli dabitur emtori, quae possessorem tuebitur.*

10) *Administraret* ist die florentinische Lesart. Viele Ausgaben aber, z. B. die des Haloanders, Miräus, Hugo a Porta, Merlinus, Baudoza Cestius u. a. lesen *administrarat*, und diese Lesart entspricht auch der Uebersetzung des griechischen Scholiasten, wie sich nachher ergeben wird, besser. Uebrigens sind die Worte: *quia satis non dederat: — administrarat* bey Haloander, Baudoza und Merlinus in einer Parenthese eingeschlossen.

11) Haloander und Baudoza haben, *ideo* Proconsul.

substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedisset [12]) egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur, heredibus replicatio danda erit: *aut si is, qui egit, satisdederat* [13]). Sed an replicatio [14]) curatori profutura esset [15]), iudex aestimabit. Nam si curator sequens

12) Die Worte: *cum nec ipse satisdedisset*, sind bey Haloander, Miräus, Baudoza, und Merlinus eine Parenthese.

13) So, wie die florentinische Ausgabe, lesen auch Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Koberger, De Tortis u. m. a. Allein *Jac.* Cujacius Comm. ad h. L. dem auch *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 507. beystimmt, glaubt, daß *non satisdederat* gelesen werden müsse. So lesen auch Rob. Stephanus und Baudoza. Bey Merlinus ist *non* eingeklammert. Davon nachher bey der Erklärung ein Mehreres.

14) Statt replicatio lesen mehrere Handschriften und Ausgaben, z. B. *Bapt. de* Tortis. *Ant.* Koberger, *Guil.* Merlinus, *Pet. ab Area* Baudoza *Cestius*, u. a. *triplicatio*.

15) Haloander, Miräus und andere lesen profutura *sit*. Rücksichtlich der Lesart *curatori profutura* stimmen aber alle Ausgaben überein. Jedoch halten viele diese Lesart für unrichtig. So will *Jac.* Cujacius Observat. Lib. XXV. Cap. 37. das curatori mit *heredibus* vertauschen, und dieser Emendation giebt auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. c. pag. 167. Beyfall. Hingegen *Ant.* Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 7. pag. 760. will entweder: *Sed an replicatio profutura esset*, mit Hinweglassung des Worts *curatori*, oder *obfutura*, statt profutura lesen. Die letz-

pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi [16]) vertisset, *doli triplicatio* obstabit.

Ueber diese Stelle haben wir, außer Cujaz [17]), einen trefflichen Commentar vom H. Prof. Keller in Zürich [18]) erhalten. Schon um dieses zu bemerken, konnte ich dieses Fragment nicht übergehen. Wir haben von dieser Stelle auch in den Scholien der Basiliken zu diesem Titel*) eine wörtliche griechische Uebersetzung, welche zur Beurtheilung der richtigen Lesart, und zur Erklärung dieses Fragments von Interesse ist. Sie lautet folgendermaßen.

Μεμηνότος κουράτωρα καὶ ὡς μὴ δεδωκότα τὰ ἱκανὰ, καὶ ὡς κακῶς διοικοῦντα ἀπεκίνησεν ὁ ἀνθύπατος, καὶ ἄλλον ἀπεκατέστησε κουράτωρα εἰς τόπον αὐτοῦ· καὶ οὗτος ὁ δεύτερος κουράτωρ μὴ δεδωκὼς τὰ ἱκανὰ, ἐκίνησε κατὰ τοῦ ἀποκινηθέντος κουράτωρος τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ· καὶ μετὰ ταῦτα τελέυτήσαντος τοῦ μεμηνότος, οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ ἐνῆγον κατὰ τοῦ προκουράτωρος. ὁ δὲ ἐκέχρητο τῇ ῥέϊ ἰουδικάταε, λέγων ὡς ἐκρίθη μεταξὺ αὐτοῦ καὶ τοῦ δευτέρου κουράτωρος τὸ πρᾶγμα· καὶ

tere Emendation billiget auch, als die wahrscheinlichere und gelindere, *Bav.* Voorda Thes. controvers. Decad. XXVIII. §. 9. Davon bey der Erklärung.

16) Baudoza in rem furiosi *vel dementis*.

17) Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad L. 7. §. 2. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editorum* Tom. I. pag. 148. sq.)

18) Ueber Litis-Contestation und Urtheil. (Zürich 1827. 8.) §. 42. S. 335—345.

*) Tom. V. pag. 169. sq. Sch. k.

λέγει Ἰουλιανὸς κατὰ τῆς ῥεῒ ἰουδικάτης παραγραφὴν δίδοσθαι ῥεπλικατίονα. ἀλλ' εἰ μή ὁ ἐναγαγών σοι κουράτωρ οὐ δεδώκει τὰ ἱκανά, ἐξεταζέτω δὲ ὁ δικαστὴς μὴ ποτε φυλάττειν ὀφείλει ἀζήμιον τὸν ἐναχθέντα κουράτωρα· ἐὰν γὰρ ὁ δεύτερος κουράτωρ τὰ χρήματα ἀπήτησε τὸν πρῶτον, ἀναλώσει δὲ περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ μεμηνότος, δυνάται ἔχειν παραγραφὴν ἐναγόμενος παρὰ τῶν κληρονόμων τοῦ μεμηνότος.

Dementis curatorem, qui satis non dederat, et male administrarat, Proconsul removit, et alium loco eius curatorem constituit: et hic secundus curator, cum nec ipse satisdedisset, egit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque mortuo demente heredes eius egerunt adversus priorem curatorem, et is utitur rei iudicatae exceptione, dicens rem iudicatam fuisse inter se et posteriorem curatorem. JULIANUS *ait adversus rei iudicatae exceptionem replicationem dari:* AT SI CURATORIS, QUI TECUM EGIT, NON SATISDEDIT. *Judex autem aestimabit, an indemnem servare debeat curatorem, unde petitur: nam si posterior curator pecuniam exactam a priore in rem furiosi verterit, exceptione se tueri potest is, unde petitur ab heredibus furiosi.*

Hier ist von zwey Curatoren eines Wahnsinnigen nach einander die Rede, von denen keiner die gebührende Satisdation geleistet hatte. Deswegen wurde der erste abgesetzt, welcher überdem schlecht verwaltet hatte [19]).

19) *Pr. J. de satisdat. tutor. et curator.* (l. 24.) *L.* 6. §. 1. *D. de tutelis. L.* 1. *Cod. de tutore vel curatore. qui satis non dedit.* (V. 42.)

Der andere Curator, welcher in des ersten Stelle trat, hatte ebenfalls jene Cautionsleistung unterlassen, gleichwohl belangt er seinen Vorgänger wegen der Verwaltung mit der **actio negotiorum gestorum**, und dieser wurde auch zum Ersatz des Schadens verurtheilt. Nach dem Tode des Pflegbefohlnen erheben nun desselben Erben gegen den ersten Curator dieselbe Klage von neuem, welche der zweyte Curator schon gegen ihn angestellt hatte, und aus welcher er demselben war condemnirt worden. Deswegen setzte ihnen der Beklagte die *exceptio rei iudicatae*, gestützt auf das frühere Urtheil, entgegen. Diese Einrede, sagt Julian, können die Kläger mit der Replik entkräften, es habe der zweyte Curator die **Satisdatio rem salvam fore** nicht geleistet; ihm habe also gültig keine Zahlung geschehen können. Hier entsteht nun ein kritischer Zweifel über die Fassung der hier wörtlich angeführten **replicatio**. In der florentinischen, und in mehreren andern Ausgaben[20]) ist sie affirmativ gefaßt: *aut si is, qui egit, satisdederat*. In andern aber negativ: *non satisdederat*[21]). Diese negative Fassung könnte vielleicht wohl die richtigere zu seyn scheinen[22]), so wie sie auch in zwey Scholien der Basiliken[23]) ausgedrückt ist. In dem einem so: *ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς διδώκασι τῷ μὴ παρασχόντι τὰ ἱκανά: at si non male dedit ei, qui* NON *satisdederat*. In dem andern folgendermaßen: *ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγών σοι κουράτωρ*

20) S. Keller a. a. O. Note 3. S. 336.

21) S. die Note 13.

22) S. Keller a. a. O. Not. 9. S. 340.

23) Tom. V. Fabroti pag. 169. Sch. h. und pag. 170. Sch. k.

οὐ δεδώκει τὰ ἱκανά. i. e. *at si curator is, qui tecum egit,* NON *satisdedit.* Wenn indessen die Replik mit der Partikel *aut*, so wie hier, eingeleitet wird, so ist sie insgemein affirmativ ausgedrückt, wie die Beyspiele [24]) bey Brissonius [25]) beweisen. Ob sich der Beklagte nicht mit einer Duplik dagegen schützen könne, ist eine zur Beurtheilung des Judex gehörige factische Frage. Könnte nämlich der Beklagte darthun, daß er in Folge des frühern Urtheils bezahlt habe, und daß auch das Geld von dem zweyten Curator in das Vermögen des verstorbenen Pflegbefohlnen verwendet worden sey, so würde jene Replik der Erben durch eine auf diese Thatsache gestützte duplicatio doli billig aufgehoben werden [26]). Denn so kann mit Recht die Einwendung, welche der Beklagte gegen die Replik der Kläger haben soll, genennt werden [27]). Und so läßt sich denn diese Stelle, ohne jene gewaltsame Emendationen eines Jacobus Cujacius, und Anton Fabers [28]), ganz wohl erklären, welche ohnehin die oben angeführte griechische Uebersetzung dieser Stelle in den Scholien der Basiliken verbietet. Wäre wirklich in dieser Stelle eine Corruption vorhanden, die eine Emendation erforderte, so möchte sie eher darin liegen, daß die Einrede des Beklagten gegen die Replik der Kläger zuerst *replicatio*, dann *triplicatio* genennt wird.

24) *L.* 48. *D. de procurat. L. ult.* §. 2. *D. ad SCtum Vellejan. L.* 154. *D. de Regul. iuris.*

25) De Formulis Lib. V. Cap. 80.

26) *L.* 2. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.)

27) GAJUS *Instit. Comm. IV.* §. 127. §. 1. *J. de Replication.* (IV. 14.)

28) S. die Note 15.

Da, wie bereits oben[29]) bemerkt worden, sowohl mehrere Handschriften, als Ausgaben auch das erste Mal *triplicatio*, statt replicatio, lesen, so würde man, wenn man auf die Auctorität derselben hin, beyde Male triplicatio läse, wohl um so weniger irren, da nicht nur §. 1. unserer *L. 7. triplicatio* für duplicatio gebraucht worden, sondern auch Ulpian *libro LXXIV. ad Edictum*[30]) ausdrücklich sagt: Sed et contra replicationem solet dari *triplicatio*, wie die florentinische Ausgabe der Pandecten liest. Es kann auch, wie Everard Otto[31]) richtig bemerkt, die Duplik gar wohl *triplicatio* genennt werden, weil sie, seit Anstellung der Klage, das dritte Vorbringen (tertia allegatio) oder Vertheidigungsmittel der Partheyen in der Prozeßführung ist, während die Duplik in Beziehung auf den Beklagten das zweyte Vertheidigungsmittel desselben ist. Ja Theod. Marcilius[32]) sagt: Et nomen ipsum *replicationis* arguit non *duplicationem* ei, sed *triplicationem* opponendam esse. *Replicatio* enim nihil aliud est, quam rursus, sive secunda plicatio[33]). Id autem est *duplicatio*. Peccant itaque, qui cum *L.* 2. §. 3. *D. de except.* Pandectae Pisanae recte *triplicationis* nomen haberent, tentarunt reponere nomen *duplicationis*, Ul-

29) S. d. Note 14. und Keller a. a. O. Not. 4. S. 336.

30) *L.* 2. §. 3. *D. de Exception.* (XLIV. 1.)

31) Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 585. edit. *Trajectin.* 1729.

32) In *Jan. a* Costa Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 591. (edit. *van de* Water.)

33) *Ev.* Otto c. l. sagt: *Replicatio* est quasi plicarum, quas reus contexuit, resolutio.

PIANO invito. Ueberhaupt hätte es des Umschweifs mit der *exceptio rei iudicatae*, und der *replicatio satisdationis non praestitae* gar nicht bedurft. Der Prätor hätte die exceptio doli, ohne Weiteres, der formulae iudicii sogleich inseriren können. Der Beurtheilung des Judex wäre alsdann zu überlassen gewesen, ob in der Wiederanstellung der Klage unter so bewandten Umständen ein Dolus liege. Hiermit hätte denn auch den Auslegern die Mühe erspart werden können, eine hier in den Weg tretende Schwierigkeit zu beseitigen, wie nämlich Julian dem Beklagten aus einem Urtheile, welches in der früheren Prozeßführung mit dem zweiten Curator des Blödsinnigen gegen ihn war gesprochen worden, die exceptio rei iudicatae gegen die Erben des verstorbenen Pflegbefohlnen habe gestatten können, von denen er nachher aufs neue belangt worden, da noch zu Gajus Zeiten, welcher doch jünger, als Julian ist, Vormünder so wenig, als Procuratoren, die Sache in iudicium deducirten, so daß die Klage dadurch consumirt wurde, und dem dominus, oder dessen Erben, die exceptio rei iudicatae entgegenstand. Noch zur Zeit des Gajus deducirte blos der Cognitor in iudicium, nicht aber der Procurator. Die exceptio rei iudicatae konnte also nur dann statt finden, wenn die Klage das erste Mal vom Dominus selbst, oder von einem Cognitor in seinem Namen war angestellt worden. Tutoren und Curatoren aber standen in dieser Beziehung den Procuratoren gleich. Sie mußten daher, wie die Procuratoren, der Gegenparthey Satisdation dafür leisten, daß der Dominus die Prozeßführung des Stellvertreters eben so anerkennen werde, als wenn er selbst den Prozeß geführt hätte; er aber in Ermangelung erfolgender Ratihabition dem Beklagten allen

dadurch erlittenen Schaden ersetzen werde. Dieß ist die **Satisdatio ratam rem dominum habiturum.** Nur der Cognitor war von dieser Caution frey, weil hier der Beklagte von einer nochmaligen Klage des Dominus nichts zu befürchten hatte. Denn der Dominus bestellte den Cognitor selbst in Gegenwart der andern Parthey vor Gericht durch mündlich ausgesprochene feyerliche Worte als seinen Stellvertreter. Er war also an seine Handlungen gebunden, und mußte sie ratihabiren. Denn durch die feyerliche Art der Bestellung des Cognitors hatte sich der Dominus, wie durch einen förmlichen Vertrag, dem Gegner verpflichtet, die Handlungen seines Cognitors, als seine eigene, gelten zu lassen. Er war also nicht durch eine fremde, sondern durch seine eigene Handlung obligirt, und die Litiscontestation, so wie die ganze Prozeßführung des Cognitors war nur die Veranlassung, daß diese Verbindlichkeit wirksam wurde [34]). Alles dieses lehrt uns Gajus in seinen Institutionen *Comment. IV.* **§§. 96—99.** wo es folgendermaßen lautet:

Ipse autem, qui in rem agit [35]), si suo nomine agit, satis non dat. Ac nec si ***per cognitorem*** **quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso, vel a domino desideratur.** ***Cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.*** **Procu-**

34) Man vergl. die treffliche Abhandlung von Bethmann-Hollweg über Repräsentation im Prozeß, in Desselben Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. (Berlin und Stettin 1827. 8.) Nr. III. besonders S. 165—194.

35) Daß dasselbe auch bey der **actio in personam** galt, sagt Gajus nachher selbst *Comm. IV.* §. 100.

rator vero si agat, satisdare iubetur, *ratam rem dominum habiturum*, periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur: quod periculum non intervenit, si *per cognitorem* actum fuit, *quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.* TUTORES *et* CURATORES *eo modo, quo et* PROCURATORES, *satisdare debere, verba Edicti*[36]) *faciunt: sed aliquando illis satisdatio remittitur.*

Erst nach den Zeiten des Gajus ward durch das neuere Recht eingeführt, daß dasjenige, was ursprünglich blos von Cognitoren galt, in der Folge auch bey Procuratoren, vorausgesetzt, daß ihnen wirklich Auftrag ertheilt worden, (veri procuratores) so wie bey Tutoren und Curatoren statt finden sollte. Diese deduciren nun so gut, als die Cognitoren, die Sache in judicium, so daß der Dominus die Prozeßführung dieser Repräsentanten eben so gelten lassen muß, wie früher die Handlungen des förmlich bestellten Cognitors, dessen Andenken von den Verfassern der Pandecten aus den Fragmenten derselben ausgetilgt, und der *verus procurator* substituirt worden ist[37]). Es war nun auch nicht mehr

36) Die Worte dieses prätorischen Edicts hat Ulpian *L.* 33. §. 3. *D. de procurat.* S. auch Bethmann-Hollweg S. 180. Not. 69.

37) Beyspiele finden sich in *L.* 1. §. 3. *L.* 2. *pr. L.* 8. §. 3. *L.* 15. *pr. L.* 28. *L.* 29. *L.* 30. *L.* 31. *pr. L.* 43. §. 1. *L.* 61. *D. de procurator. L.* 6. §. 3. *D. Quod cuiusq. universit. nomine L.* 4. *pr.* et §. 1. *et* 2. *D. de re iudic.* (XLII. 1.) *L.* 86. *D. de solut.* (XLVI. 3.) *L.* 9. *D. de doli mali et met. except. L.* 10. *D. Judicat. solvi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 41. S. 325. ff.

nöthig, sie mit einer Caution weiter zu belästigen, es mußte nur der Procurator durch den Beweis seines Mandats, so wie der Vormund durch den Beweis seiner Bestellung, sich gehörig legitimiren können. Der nochmaligen Klage stand jetzt die **exceptio rei in iudicium deductae**, oder **rei iudicatae** für immer entgegen, weil nun der Dominus, mithin auch der Pflegbefohlne, an die Litiscontestation und **res iudicata** gebunden ist [38]). Der Beklagte konnte nun nicht blos excipiren: *at si ea res iudicata non sit inter me et te*, sondern auch so: *at si ea res iudicata non sit inter me et procuratorem, seu tutorem, seu curatorem tuum* [39]). Dieses neuere Recht bestätigen besonders die Fragmente aus den Schriften des Ulpianus und Paulus, von denen folgende vorzüglich merkwürdig sind.

L. 11. §. 7. *D. de except. rei iudicat.* (XLIV. 2.) ULPIANUS *Libro LXXV. ad Edictum.* Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, *quae rem in iudicium deducunt.* Inter hos erunt *procurator*, cui mandatum est, *tutor*, *curator furiosi* vel *pupilli*, *actor municipum*. Ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

L. 56. *D. de iudiciis* (V. 1.) ULPIANUS *libro XXX. ad Sabinum.* Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si

38) S. Bethmann-Hollweg's angef. Versuche. S. 184. ff. und S. 193.

39) *L.* 9. §. 2. *L.* 11. §. 3. *D. de except. rei iudic.* S. Bethmann-Hollweg S. 189.

quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus deinde ratum dominus habuerit, *videtur retro res in iudicium recte deducta.*

L. 27. *pr. D. de procurat.* (III. 3.) ULPIAN. *libro IX. ad Edictum.* Sed haec ita, si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, *cum neque in iudicium quidquam deduxerit,* nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant.

L. 17. §. 2. *D. de iureiur.* (XII. 2.) PAULUS *libro XVIII. ad Edictum.* Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet, nam et alienare res, et solvi eis potest, *et agendo rem in iudicium deducunt.*

L. 23. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.* ULPIANUS *libro IX. ad Edictum.* Vulgo observatur, *ne tutor caveat,* ratam rem pupillum habiturum, *quia rem in iudicium deducit.* Quid tamen si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? *Aequum est adversarium non decipi.* Idem et in curatore est.

So war also nun bey Ulpian und Paulus zur Regel geworden, was Gajus in der oben angeführten Stelle (IV. §. 99.) auch selbst bey Tutoren und Curatoren, nur als selten eintretende Begünstigung erwähnt, (aliquando illis satisdatio remittitur.)

Soll man also, um nun zu unserm Julian wieder zurückzukehren, vielleicht annehmen, daß jene Stelle aus dem spätern Rechte wesentlich interpolirt seyn könnte?

P 2

Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden, obwohl nicht zu läugnen ist, daß in den Pandecten allerdings Stellen vorkommen, die theils aus Julians Digesten [40]) selbst sind, theils wo sich auf Julians Digesten berufen wird, um die Meinung zu bestärken, daß wenn auch nur ein **verus procurator** für den Dominus vor Gericht gehandelt hätte, derselbe dennoch, wenn er aufs neue klagen wollte, eben so mit der **exceptione rei iudicatae** zurückgewiesen werden könne, als wenn er **ipse praesens causam suam egisset** [41]). Eine solche Berufung auf Julian macht es doch gewiß höchst wahrscheinlich, daß die Stelle zu den interpolirten gehört [42]). Allein da ist doch nur ein **verus procurator** dem Cognitor substituirt. In unserer Stelle hatte aber ein Curator für den Pflegbefohlnen gehandelt, der nicht einmal die ihm noch dazu auferlegte Satisdation, **rem furiosi salvam fore,** geleistet hatte, und doch wird dem Beklagten gegen die neue Klage die **exceptio rei iudicatae** gestattet. Vielleicht hatte also wohl Julian eine ihm eigenthümliche Ansicht, und in dieser Lehre eine ganz verschiedene Theorie aufgestellt? Dieß ist jedoch eben so wenig zu glauben. Sollte denn aber auch unser Fragment, wie die Inscription nach der Florentine angiebt, wirklich vom Julian herrühren? Ein kritischer Zweifel möchte allerdings daher entstehen, daß Haloander und mehrere alte Ausgaben nicht den Julian, sondern den Cajus, als ursprünglichen Verfasser unsers Fragments nennen, wie

40) *L.* 22. §. 8. *D. Ratam rem haberi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 42. S. 346.

41) Z. B. *L.* 40. §. 2. *D. de procurat.*

42) S. Bethmann-Hollweg's Versuche S. 191. Not. 93

auch Baudoza bey diesem Gesetz bemerkt hat. Dieser Zweifel erhält dadurch noch mehr Gewicht, daß auch die *L. 22. D. Ratam rem haberi*, welche ebenfalls JULIANUS *libro LVI. Digestorum* inscribirt ist, und §. 8. gerade denselben Satz des neuern Rechts ausspricht, daß die Prozeßführung durch einen **verus procurator** die Klage dergestalt consumire, daß dem Dominus die **exceptio rei iudicatae** entgegengesetzt werden könne[43]), in der Rehdigerischen Handschrift, nicht dem Julian, sondern vielmehr dem Ulpian zugeschrieben wird, wie auch in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt worden ist. Allein bey dem allen ist doch wohl mit Gewißheit zu behaupten, daß Julian der wahre Verfasser unsers Fragments sey. Denn dafür erkennt ihn die Inscription in den florentinischen Pandecten. Dafür erkennen ihn auch die Basiliken[44]). Sodann aber gehören ja Julians Digesten zur Sabinianischen Fragmenten-Masse dieses Titels[45]), welche von **L. 1 — 9.** sich erstreckt[46]), dahingegen die Schriften des Gajus theils zur Edicts-

43) Es heißt nämlich *L.* 22. §. 8. *D. Rat. rem haberi.* **Stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret.** *Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.*

44) **Tom. V. pag 162. in fin.**

45) S. Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, in von Savigny Zeitschrift Bd. IV. Nr. VI. 1. Tab. S. 266. und S. 453.

46) S. Bluhme angef. Schrift 2. Tabelle. S. 461. a. E.

theils Papinianischen Abtheilung gehören[47]), unter denen überdem gar keine Digesten befindlich sind. Den richtigsten Aufschluß über diese schwierige Stelle giebt uns wohl Keller in der oben angeführten klassischen Schrift[48]), daß nämlich Julian nur für einen einzelnen Fall dem von einem Curator Belangten gegen den **dominus**, und jetzt dessen Erben, die **exceptio rei iudicatae** gestattet habe, und zwar so, daß sie gar nicht unbedingt, sondern nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß das Resultat des frühern Urtheils dem Pflegbefohlnen factisch zu gute gekommen sey, wirksam seyn solle[49]). Die **L. 22.** aber

47) S. Bluhme Ordnung der Fragmente in den Pandecten. Tabelle 1. S. 266.

48) Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 342.

49) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 170. Sch. m. findet jedoch noch einen Anstand darin, daß hier die exceptio rei iudicatae gegen die Parthey gestattet werde, welche in dem früheren Prozeß obgesiegt hat. Dieß streite gegen die *L.* 16. *D. de except. rei iudicatae*, wo derselbe Julian *libro LI. Digestorum* sagt: Evidenter iniquissimum est, proficere *rei iudicatae exceptionem* ei, contra quem iudicatum est. Allein dieser Ausspruch Julians findet hier keine Anwendung. Denn im Falle der *L.* 7. hatte der Beklagte demjenigen, von welchem er zuerst war belangt worden, die Schuld bezahlt. Allein die *L.* 16. spricht von einem solchen Falle, wo bey einer Reivindication gegen den Kläger erkannt worden, daß ihm die in Anspruch genommene Sache nicht gehöre. Hier kommt ihm die exceptio rei iudicatae nicht zu statten, wenn er etwa nachher den Besitz der Sache durch Zufall wieder erlangt haben sollte, und deswegen aufs neue belangt wird. S. *Jac.* Cujacii Comment. ad Lib. LI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I.

gehört ohne Zweifel zu den Fragmenten, in denen von den Compilatoren der Cognitor gestrichen, und an seinen Platz der *verus procurator* substituirt worden ist.

3) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur, vel an unus rem furiosi alienare possit? Respondi, recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi *legitime* [50]) mercaretur, usucapturum: quia solutio, venditio, traditio, facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet.

Noch erörtert Julian die Frage, ob in dem Falle, da zwey oder mehrere Curatoren einem furiosus gegeben sind, Einem von denselben allein eine Schuld dergestalt bezahlt werden könne, daß dadurch der Schuldner befreyt werde, und ob Einer von den Curatoren allein eine Sache des Pflegbefohlnen dergestalt verkaufen könne, daß wenn die Veräußerung auf eine gesetzmäßige Art, d. h. decreto

pag. 369.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a celeberr. Smallenburg edit. et animadvers. suis locupletat. Tom. VI. (*Lugd. Bat.* 1828. 8.) ad h. L. pag. 629.

50) Da Julian lang vor der Oration des Kaisers Septimius Severus de rebus eorum. qui sub tutela vel cura sunt, *sine decreto* non alienandis lebte; so hält Pothier Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XIV. Not. c. pag. 168. das Wort *legitime* hier nicht ohne Grund für interpolirt.

interposito, geschieht, der Käufer dadurch in den Stand der Usucapion versetzt werde[51])? Julian entscheidet beyde Fragen bejahend. Sein Grund ist, weil Zahlung, Verkauf und Uebergabe mehr etwas Factisches, als Rechtliches sind, d. h. weil diese Handlungen keine **solennitatem iuris** erfordern. Denn **actus legitimi** erfordern die Einstimmung aller Curatoren, wie Cujacius[52]) und Pothier[53]) diese Stelle erklärt haben. Der griechische Scholiast in den Basiliken[54]) hat jedoch hierbey ganz richtig bemerkt, daß dieses nur von einer ungetheilten Vormundschaft zu verstehen sey. Hier wird das Stillschweigen der übrigen, welche nicht widersprochen haben, für Beystimmung erklärt. Hätte hingegen auch nur Einer widersprochen, so wäre die ganze Handlung nichtig. Das Stillschweigen der Andern setzt jedoch nothwendig ein Mitwissen der Handlung voraus. **Quomodo**

51) S. *Jac.* **Cujacii Comment. in Libr. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. §. 3. L. 7. D. h. t.** (*Opp. postum.* **Tom. I. pag. 149.**) und *Ant.* **Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. illat. 2. pag. 760. sqq.**

52) **Cit. loc.**

53) **Cit. loc. not. d.**

54) **Tom. V. pag. 170. Sch. n.** Εἴγε μία ἦν ὑπὸ πάντων χειριζομένη διοίκησις. εἰ γὰρ ἐμεμέριστο, οὐκ ἠδύνατο ὁ ἐκ τῆς δε τῆς ἐπαρχίας τῷ ἐν ἑτέρα ἐπαρχία κηδεμονεύοντι καταβαλλεῖν· **i. e.** ***Si una erat omnium administratio. Nam si divisa fuit, non potuit, qui erat ex hac provincia, in altera administranti solvere.*** S. auch den 30. Th. §. 1336. S. 358.

55) S. **Faber c. l. pag. 761. in fin.** und den 4. B. des Commentars §. 280.

enim tacite consensisse videri potest is, qui ignoravit[55])? Es konnte aber auch der Prätor von den mehreren Curatoren des furiosus Einem allein die Verwaltung übertragen, wo dann desselben Handlungen, wofern sie nur pflichtgemäß, wenn gleich ohne Concurrenz der übrigen, vorgenommen worden, als gültig anerkannt werden müssen, wie Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum*[56]) aus Pomponius Commentar referirt, wo er sagt:

Si plures curatores dati sunt, POMPONIUS *libro sexagesimo octavo ad Edictum* scripsit, *ratum haberi debere etiam, quod per unum gestum est:* nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum *sine dolo malo* gestum est.

Daß auch bey der cura bonorum, wenn mehrere Curatoren bestellt worden sind, einer für alle handeln kann, wenn ihnen die cura ungetheilt übertragen worden ist, lehrt ebenfalls Ulpian nach Celsus *libro LXV. ad Edictum*[57]). Er sagt daselbst:

Si plures autem constituuntur curatores, CELSUS ait, *in solidum* eos et agere et conveniri, non pro portionibus. Quod si per regiones fuerint constituti curatores, unus forte rei Italicae, alius

56) *L.* 3. *pr. D. de administr. et peric. tut. et curator.* S. DONELLUS Comm. Lib. III. Cap 21. §. 5. und *Jac.* COTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de denuntiatione. Tom. 1. *Cod. Theod.* pag. 112. edit. *Ritter*.

57) *L.* 2. §. 2. *D. de curatore bonis dando.* (XLII. 2.)

in provincia, puto regiones eos suas conservare debere.

§. 1391.

Verschiedene Eintheilung der Curatel.

Aus dem, was bisher ausgeführt worden, ergeben sich nun die hier vom Hellfeld angegebenen Eintheilungen der Curatel von selbst. Die Curatel kann nämlich 1) in Ansehung des Gegenstandes, entweder zugleich mit einer Vorsorge für die Person des Curanden verbunden seyn, oder sie berücksichtiget blos das Vermögen, und ist zur Geschäftsführung bestellt. In jenem Falle pflegt sie eine *cura personarum*, oder *personalis*, oder, wie Hellfeld sagt, *cura mixta* genennt zu werden. Das Wort *persona* wird aber hier freylich nicht in der Bedeutung von bürgerlicher Persönlichkeit genommen, für deren Erhaltung der Tutor zu sorgen hat, und deren Ergänzung in den bürgerlichen Geschäften des Mündels durch **auctoritatis interpositio** den Tutor wesentlich vom Curator unterscheidet; sondern es bezeichnet hier die physische Persönlichkeit des Pflegbefohlnen, in welcher Bedeutung das Wort *persona* als gleichbedeutend mit **corpus** gebraucht wird, so wie das Wort **caput** im engern Sinne die bürgerliche Persönlichkeit oder rechtsfähige Subjectivität bezeichnet[58]). Diese **cura personalis** hat es also nicht blos mit der Verwaltung des Vermögens des Pfleg-

58) *L.* 3. §. 1. *D. de tutelis.* S. Zoepfl **Vergleichung der römischen Tutel und cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige.** (*Bamberg.* 1828. 8.) §. 2. und 4.

befohlnen, sondern auch mit der Sorge für den Schutz der physischen Person desselben, und sein leibliches Wohl zu thun. Unser Pandecten-Titel giebt die cura furiosi als Beyspiel an. Von dieser sagt Julian *libro XXI. Digestorum* [59]):

Consilio et opera curatoris tueri [60]) debet non solum patrimonium, *sed et corpus ac salus furiosi.*

Die Cura hingegen, die sich blos auf das Vermögen und die Besorgung der Geschäfte einer Person bezieht, welche denselben selbst vorzustehen sich außer Stande befindet, wird *cura bonorum* überhaupt, oder eigentlich *cura realis* [61]) genennt.

59) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

60) Daß das Deponens *tueri* hier als ein Passivum gebraucht worden, wie *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. ult. bemerkt hat, ist in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches. So hat dieses Wort nicht nur Julian *L.*30. *D. de liberali caus.* (XL.12.) sondern auch Ulpian *L.* 5. §. 7. *D. de legat. praest.* (XXXVII. 5.) und Papinian *L.* 17. *D. de iniusto, rupto et irr. testam.* (XXVIII. 3.) gebraucht. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Tueri* vertheidiget diese Irregularität sogar aus Stellen der röm. Classiker. Man vergleiche noch *Gilb.* Regius Εναντιοφανων iuris civ. Lib. II. Cap. 20. pag. 84. (*Hannoviae* 1598. 8.) *Ge. Casp.* Kirchmaier Opuscula de Latinitate Digestor. et Institution. Justinian. Nr. III. pag. 152. (edit. *Ge. Sam.* Madihn *Halae* 1772. 8.) und *Car. Andr.* Duker Opuscula var. de Latinitate ICtorum vett. (*Lugd. Batav.* 1711. 8.) pag. 328. 333. 349. et 381.

61) S. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 404.

2) In Ansehung des Entstehungsgrundes kann sie entweder eine freywillige oder nothwendige seyn, je nachdem sie auf Verlangen des Curanden, oder gegen dessen Willen bestellt wird.

§. 1392.

Cura furiosorum et prodigorum.

Unter einer nothwendigen Curatel stehen Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender. Da von der **Cura** über Beyde, sowohl insofern sie eine **legitima** als **dativa** ist, schon oben §. **1390**. **d. e. f.** und **g.** S. **178**. ff. insonderheit auch von der Frage, welche Hellfeld hier erst zur Sprache bringt, nämlich ob der Sohn Curator seines für einen Verschwender erklärten Vaters seyn könne? §. **1390**. **h.** S. **199**. ff. und §. **1390. i.** S. **210**. ff. ausführlich gehandelt worden ist; so bleibt hier nur Weniges noch zu bemerken übrig [62]).

Soviel **I.** die **Cura** der Geisteskranken betrifft, so nennen zwar die Gesetze der **XII** Tafeln nur die **furiosi**, wenn sie den Agnaten und Gentilen diese Curatel übertragen. Da aber die **furiosi** in den Gesetzen [63]) von denjenigen genau unterschieden werden, welche **dementes** und **mente capti** sind, so entsteht die Frage, warum

62) Man vergleiche Günth. Heinr. von Berg über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. (Hannover 1806. 8.) Nr. XIX. S. 219. ff. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818. 8.) §. 300. u. 301. S. 551. ff.

63) §. 3. *et* 4. *J. de Curat. L.* 2. *D. de inoff. testam. L.* 27. §. 5. *D. de recept. L.* 8. §. 1. *D. de tutor. et curat. dat. L.* 6. *D. h. t. L.* 25. *C. de nupt. L.* 28.

nicht auch über diese den Agnaten die **cura** übertragen worden ist, sondern solchen Geisteskranken, wie Justinian [64]) sagt, ein **Curator** von der Obrigkeit gegeben werden soll? Glaubt man freylich, daß in den römischen Gesetzen unter dem Ausdruck ***furiosus*** schlechterdings nur ein solcher verstanden werde, der bey gänzlicher Verstandesverwirrung, in Reden und Handlungen eine übermäßige Heftigkeit zeigt; der Ausdruck ***demens*** aber einen solchen bezeichne, welcher bey seiner Vernunftlosigkeit sich ruhig verhält [65].); so ist freylich schwer zu erklären, warum nur gerade die Rasenden, und nicht auch die Wahnsinnigen unter der Curatel der Agnaten stehen sollten? Allein haben denn auch die Gesetze der **XII** Tafeln die **furiosi** und **dementes** oder **mente capti** wirklich eben so unterschieden? Nach der Erklärung, die uns Cicero [66]) vom **furor** in Beziehung auf die zwölf Tafeln giebt, hat Ulrich Huber [67]) wohl Recht, wenn er dieses verneinet. Cicero [68]) sagt nämlich:

Nomen *insaniae* significat mentis aegrotationem et morbum, id est, insanitatem et aegrotum

§. 1. *C. de admin. tut.* S. den 2. Th. des Commentars §. 117. b. S. 129. ff.

64) §. 4. *J. h. t.*

65) S. Günth. Heinr. von Berg von lichten Augenblicken bei Geisteskranken, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. Nr. XXII. S. 243—258. besonders §. 7. u. 8.

66) *Tusculanar. Disputation.* Lib. III. Cap. 4. nr. 8. et 9. und Cap. 5.

67) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 18. §. 2. et 3. pag. 226. sq. und Eiusd. Praelection. ad Institution. h. t. §. 7.

68) cit. loc. Lib. III. cap. 4. nr. 8. et 9.

animum, quam appellarunt *insaniam*. Omnes autem perturbationes animi morbos Philosophi appellant: negantque stultum quemquam his morbis vacare. — *Sanitatem* enim *animorum* positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant: his rebus mentem vacuam appellarunt *insaniam*, propterea quod in perturbato animo, sicut in corpore, *sanitas* esse non possit [69]. — Nec minus illud acute, quod animi adfectionem, lumine mentis carentem, nominaverunt *amentiam*, eandemque *dementiam*. — Graeci autem *μανίαν* unde appellent, non facile dixerim: eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam illi. Hanc enim *insaniam*, quae iuncta stultitiae patet latius, a *furore* disiungimus. Graeci volunt illi quidem: sed parum valent verbo: quem nos *furorem*, *μελαγχολίαν* illi vocant. Quasi vero atra bili solum mens, ac non saepe vel iracundia graviore, vel timore, vel dolore moveatur: quo genere *Athamantem*, *Alcmaeonem*, *Ajacem*, *Orestem* furere dicimus. Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant *duodecim tabulae*. Itaque non est scriptum, SI INSANUS, sed, SI FURIOSUS ESCIT [70]), *Insaniam* enim censuerunt, constantia, id est, sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum, et vitae communem cultum atque usitatum: *furorem* autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videatur, quam *insania*; tamen eiusmodi est, ut *furor* in sapientem cadere possit, non possit *insania*.

69) *Lib. III. cap.* 5.
70) Nach der Lesart des Orelli Opp. Ciceron. Tom. IV. p. 296.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 33,1

Erlangen 1842

J.rom.c. 137 b-33,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565505-0
VD18 10657126-002